



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**Criterios técnicos de la fijación de los puntos
controvertidos en el derecho procesal civil peruano**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Procesal

AUTOR

Santos Eladio SAAVEDRA MONCADA

ASESOR

Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Saavedra, S. (2017). *Criterios técnicos de la fijación de los puntos controvertidos en el derecho procesal civil peruano*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

110

13(r)

233

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Fundada en 1551

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

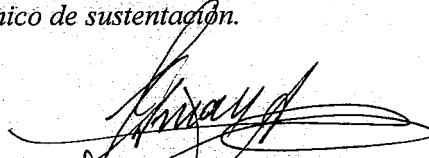
En la ciudad de Lima, a los veinte días del mes de enero del año dos mil diecisiete, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana y con la asistencia de los Profesores: Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Mg. Juan Eulogio Morales Godo, Mg. Héctor Elvis Martínez Flores, Mg. Juan Gualberto Chávez Marmanillo y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal, Bachiller Santos Eladio SAAVEDRA MONCADA, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "**CRITERIOS TÉCNICOS DE LA FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PERUANO**".

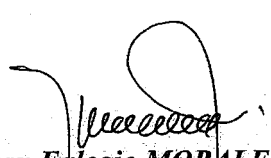
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

aprobado c 14/ catorce.

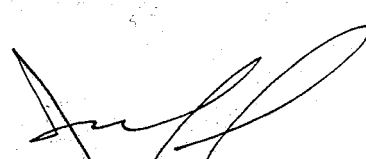
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Procesal al Bachiller en Derecho Santos Eladio SAAVEDRA MONCADA.


Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal


Mg. Juan Eulogio MORALES GODO
Jurado Informante
Profesor Principal


Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS
Asesor
Profesor Principal


Mg. Juan Gualberto CHÁVEZ MARMANILLO
Miembro
Profesor Asociado


Mg. Héctor Elvis MARTÍNEZ FLORES
Jurado Informante
Profesor Asociado

Página en Blanco

Veredicto de la Tesis por los miembros del Jurado Examinador

DEDICATORIA

A Eladio y Maria Isabel mis padres, por su inmenso amor e inapreciable apoyo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco muy infinitamente a Dios por haberme otorgado la oportunidad de la elaboración de la presente opus, que nace de los largos debates académicos entre colegas y la inmensa preocupación por una justicia real pero siempre técnica

INDICE GENERAL

Carátula	i
Veredicto de la Tesis por los miembros del Jurado Examinador	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
Índice General	vi
Lista de Cuadros	xi
Resumen	xii
Abstract	xiii

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. Situación del Problema	01
1.2. Formulación del Problema	02
1.4. Justificación	02
1.5. Objetivos	03
1.5.1. Objetivo general	03
1.5.2. Objetivos específicos	03
1.6. Hipótesis	03
1.6.1. Hipótesis General	03
1.6.2. Hipótesis Específica	03
1.7. Variables	04
1.7.1. Variable Independiente	04
1.7.2. Variable Dependiente	04

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. El Proceso Civil Peruano.....	05
2.1.1. El Derecho Procesal Civil.....	05
2.1.1.1. Noción y razón de ser del derecho procesal.....	08
2.1.1.2. Naturaleza y características del derecho procesal y de las normas procesales	08
2.1.1.3. Definición del derecho procesal.....	10
2.1.1.4. Importancia del derecho procesal.....	10
2.1.1.5. Objeto y fin del derecho procesal	11
2.1.1.6. Unidad del derecho procesal y sus diversas ramas.....	12
2.1.1.7. Principios fundamentales del derecho procesal.....	12
2.1.2. Presupuestos de la Justicia Civil.....	17
2.1.3. La Jurisdicción	19
2.1.3.1. Noción.....	19
2.1.3.2. Naturaleza jurídica	20
2.1.3.3. Elementos y características	22
2.1.3.4. Poderes que emanan de la Jurisdicción	24
2.1.3.5. Conflictos de Jurisdicción	26
2.1.3.6. Tutela jurisdiccional	27
2.1.3.7. El órgano jurisdiccional	35
2.1.4. La Acción	38
2.1.4.1. Noción.....	38
2.1.4.2. Teorías de la acción.....	39
2.1.4.3. Elementos de la acción.....	44
2.1.4.4. La acción procesal	44
2.1.4.4.1. Concepto	44
2.1.4.4.2. Requisitos.....	45
2.1.4.5. La reacción procesal.....	48
2.1.4.5.1. El concepto de reacción procesal	48
2.1.4.5.2. La reacción del demandado civil	49

2.1.4.6. Presupuestos Procesales	53
2.1.4.7. La acción y el derecho a la contradicción	58
2.1.4.7.1. Objeto y fin del derecho a la contradicción	60
2.1.4.7.2. Naturaleza del derecho a la contradicción.....	61
2.1.4.7.3. Sujetos del derecho a la contradicción	62
2.1.4.7.4. Diferencias entre derecho de contradicción, oposición y excepción	62
2.1.4.7.5. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción.	63
2.2. La Prueba.....	65
2.2.1. Noción.....	65
2.2.2. La verdad como fin de la actividad probatoria.....	73
2.2.3. Clasificación doctrinaria de los hechos jurídicos.....	75
2.2.4. Valoración de la Prueba	76
2.2.5. Naturaleza jurídica	78
2.2.6. La prueba y su fuente	78
2.2.7. La prueba como un Derecho procesal	79
2.2.8. Diferencia entre prueba y medio probatorio	81
2.3. La Pretensión	82
2.3.1. Noción.....	82
2.3.2. Naturaleza jurídica	85
2.3.3. Elementos de la pretensión: objeto y razón	86
2.3.4. Fin de la pretensión	88
2.3.5. Sujetos de la pretensión.....	88
2.3.6. Efectos de la pretensión.....	88
2.3.7. La Pretensión Procesal	89
2.3.7.1. Elementos de la Pretensión Procesal	92
2.3.8. Distinción entre acción, pretensión y demanda.....	95
2.3.9. Clases de pretensiones.....	97
2.4. Los Puntos Controvertidos en el Proceso Civil Peruano.....	103
2.4.1. Noción.....	103

2.4.2. Elementos previos a la fijación de la controversia	106
2.4.2.1. Relación jurídica sustantiva	106
2.4.2.2. Conflicto de intereses	107
2.4.2.3. Incertidumbre jurídica	108
2.4.3. Saneamiento Procesal para fijar la controversia.....	109
2.4.3.1. Características.....	111
2.4.3.2. Objetivo.....	113
2.4.3.3. Saneamiento procesal según la jurisprudencia	114
2.4.4. Base Legal de la fijación de puntos controvertidos	115
2.4.5. Fijación de la controversia	117
2.4.5.1. Elementos.....	122
2.4.5.2. Formas.....	123
2.4.6. La fijación de puntos controvertidos en la jurisprudencia.....	125
2.4.7. La fijación de los puntos controvertidos en el proceso civil en países latinoamericanos	127
2.4.7.1. México	127
2.4.7.2. Colombia.....	128
2.4.7.3. Argentina.....	130
2.5. El Principio de Congruencia Procesal	131
2.5.1. Noción.....	131
2.5.2. Excepciones al principio de congruencia	133
2.5.3. Clases de incongruencia objetiva	134
2.6. El Tercer Pleno Casatorio Civil	134
2.6.1. Reseña al Tercer Pleno Casatorio civil.....	134
2.6.2. La solución propuesta por el tercer pleno casatorio.....	139
2.6.3. La pretensión procesal en el derecho de familia, según el Tercer precedente vinculante	139
2.6.4. El principio de congruencia en el derecho de familia, según el Tercer pleno casatorio: fundamentos	140
2.6.5. El pedido implícito en el derecho de familia, según el tercer pleno casatorio.....	145

2.6.6. La acumulación según el tercer pleno casatorio	147
---	-----

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Método de la Investigación	148
3.1.1. Tipo	148
3.1.2. Método	148
3.2. Diseño de la Investigación	149
3.3. Población y Muestra.....	149
3.3.1. Población	149
3.3.2. Muestra	149
3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación.....	149
3.4.1. Técnicas.....	149
3.4.2. Instrumentos	150

CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación y Análisis de Resultados	152
4.2. Discusión de Resultados.....	173

CONCLUSIONES	177
---------------------------	------------

RECOMENDACIONES.....	179
-----------------------------	------------

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	180
--	------------

ANEXOS.....	187
--------------------	------------

LISTA DE CUADROS

4.1. Presentación y Análisis de Resultados	152
4.1.1. Cuadro N° 01	152
4.1.2. Cuadro N° 02	155
4.1.3. Cuadro N° 03	158
4.1.4. Cuadro N° 04	161
4.1.5. Cuadro N° 05	166

RESUMEN

El presente informe de investigación, aborda sobre la dificultad que existe en la correcta determinación de los puntos controvertidos; lo que conlleva a error tanto a la defensa técnica de las partes como al juzgador. Por ello, se formula la siguiente pregunta, ¿Existe un criterio técnico para la determinación y desarrollo de los puntos controvertidos? En base a esta interrogante, nos planteamos como objetivo; determinar, la necesidad de establecer criterios técnicos para la fijación de los puntos controvertidos en el sistema judicial peruano. En base a este problema considero, justificable el desarrollo de la presente investigación. Para ello, el enfoque de la investigación es de carácter dogmático – jurídico civil, de tipo descriptivo y/o explicativo; utilizando como método de análisis dialectico, comparativo, análisis y síntesis, hermenéutico, y de diseño no experimental. Asimismo, entre los resultados se encontró, que no existe conocimiento asertivo, para una correcta determinación de los puntos controvertidos tanto de los justiciables como los magistrados, lo que orilla a sentencias carentes de asidero real y legal respecto a las controversias puestas a su conocimiento; asimismo, existe una tendencia parcialmente generalizada y errada en los magistrados, donde suele confundir los puntos controvertidos con las pretensiones contenidas en la demanda, en la reconvención o en las contestaciones.

Palabras Clave: Puntos controvertidos, criterios técnicos, congruencia.

ABSTRACT

This research report addresses the difficulty that exists in the correct determination of the points at issue; which leads to many technical defense of the parties and the judge error. Therefore, the following question is asked, is there a technical criterion for the identification and development of the controversial points? Based on this question, we set as our goal; determine the need to establish technical criteria for fixing the points at issue in the Peruvian judicial system. Based on this problem I consider justifiable the development of this research. For this, the research focus is dogmatic - legal civil, descriptive and / or explanatory; using as a method of dialectical analysis, comparative analysis and synthesis, hermeneutical, and non-experimental design. Also among the findings was found, that there is no Assertive knowledge for proper determination of the points disputed both litigants and judges, which bank to lack sentences real and legal grounds regarding disputes brought to its attention; There is also a widespread and erroneous partially trend magistrates, where often confuse the issues in dispute with the claims contained in the application, in the counterclaim or the answers.

KeyWords: controversial points, technical criteria, consistency.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. Situación del Problema

Los Puntos Controvertidos en el proceso civil han sido un tema poco estudiado en el Derecho Procesal Peruano y su fijación obligatoria en el proceso civil ha determinado que muchas veces se convierta en un mero formalismo sin mayor criterio técnico, por cuanto la falta de conocimiento y manejo por parte de los ejecutantes conlleva a que los Despacho Judiciales incurran en errores colosales, los cuales se empeoran cuando el *Ad Quem* (de proponerse la impugnación) evidencia un manejo pobre sobre la materia. (Rivera Muñoz, 2007)

Empero, pese a encontrarse normada la figura de la fijación de puntos controvertidos, existen litigantes, que lejos de respetar éstos parámetros legales; realizan una mala praxis, al momento de determinar estos y en su regularidad ni siquiera se propone dicho punto. Vale recalcar que la mala praxis se verifica muchas veces por parte del Despacho Judicial, quien por ejemplo emite fallos o sentencias que van más allá de lo solicitado por las partes y determinado en los puntos controvertidos, o el denominado fallo patológico.

La presente investigación tiene como eje temático abordar el proceso civil, analizando los principales presupuestos. La funcionalidad de este acercamiento

apela a proporcionar una propuesta teórica valedera para fijar los Puntos Controvertidos en el proceso civil, para lo cual también se aborda la regulación de la materia en nuestro actual Código Procesal Civil, la relación con el Derecho Probatorio y su eventual correlato jurisprudencial. En efecto, existe una tendencia parcialmente generalizada, y por cierto errónea, en la Judicatura de identificar los puntos controvertidos con las pretensiones contenidas en la demanda o en la reconvención o en la contradicción formulada por el demandado o reconvenido. (Díaz Vargas, 2003 marzo, *passim*.)

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema Principal

¿Existe un criterio técnico para la determinación y desarrollo de los puntos controvertidos?

1.2.2. Problema Secundario

¿Existe identificación de los puntos controvertidos con las pretensiones contenidas en la demanda o en la reconvención o en la contradicción formulada por el demandado o reconvenido?

1.4. Justificación

A la fecha no se ha realizado una debido análisis de los puntos controvertidos, dirigidos a determinarlos técnicamente, en base a las garantías constitucionales de los justiciables y a la efectividad del fallo a emitir. Nosotros nos proponemos abordar el estudio de los puntos controvertidos a fin de determinar un criterio técnico, de acuerdo con los objetivos planteados con el propósito de contribuir a un mejor conocimiento del instituto y suplir en la medida de lo posible la insuficiencia advertida, en todas las partes procesales.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar, la necesidad de establecer criterios técnicos para la fijación de los puntos controvertidos en el sistema judicial peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- ✓ Delimitar los aspectos conceptuales, naturaleza jurídica, alcances, de los puntos controvertidos.
- ✓ Identificar las dificultades y errores, en la fijación de los puntos controvertidos

1.6. Hipótesis

1.6.1. Hipótesis Principal

No existen criterios técnicos que determinen de forma acertada los puntos controvertidos, por parte de los abogados y jueces, cuyo efecto, es la emisión de sentencias no compatible con el conflicto de intereses de las partes, por ende, estos se tornan ineficaces.

1.6.2. Hipótesis Secundaria

Los puntos controvertidos en el proceso civil peruano, son determinados sin tener en cuenta las garantías constitucionales de las partes al debido proceso, ni la realidad del conflicto puesto a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, o por la debilidad de la defensa técnica de las partes.

1.7. Variables

1.7.1. Variable Independiente

Ausencia de criterios técnicos en la fijación de puntos controvertidos

1.7.2. Variable Dependiente

Emisión de sentencias no compatible con el conflicto de intereses de las partes.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. El Proceso Civil Peruano

2.1.1. El Derecho Procesal Civil

Cuando con cierta nostalgia anotamos la postulación del profesor Mario Alzamora Valdez (1953) quien refiere en las sociedades primitivas, los hombres apelan a la fuerza para defender sus derechos; esto en definitiva, la forma que al día de hoy con mayor tecnicismo científico jurídico denominamos la autodefensa o auto tutela, la misma que en su generalidad se encuentra proscrita por la ley, sin embargo, cuenta con una excepción en su aplicación. Lo cual tenía como inevitable consecuencia, el predominio de la violencia frente al derecho quedando este último supeditada al éxtasis de la voluntad privada. Luego de una larga data temporal y de razonabilidad, es que se hace posible la prohibición de la misma, y a decir de Alzamora Valdez; se refuerza la idea del monopolio jurisdiccional del estado, la exigencia capital de quien resuelva la controversia sea un tercero que debe tener ciertas condiciones como señala en la edición de 1953, sea un sujeto imparcial, calidad que resulta fundamental hasta nuestros días.

Definiéndose además que, la composición de la *Litis* no implica solamente que se juzgue o se aprecie el derecho de las partes, que es una operación de carácter intelectual, sino que requiere también que se pronuncie un

mandato y se determine una sanción (*lo dicho por Alzamora Valdez*), criterio que modo teórico coincidimos con el profesor sanmarquino, debido a que lo que se aprecia al día de hoy, es casi una necesidad numérica por producir resoluciones judiciales sin un real imperio de la ley, además, aunado al desprestigio por razones éticas, así como cognitivas que como se desarrollara más adelante, es lo que de modo grueso afecta la determinación judicial, por su parte Ugo Rocco (1944) define, al proceso civil como un conjunto de las actividades del estado y de los particulares, con las que se realizan los derechos de estos y de las entidades públicas que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma que derivan. El Proceso se compone de actos del juez y de actos complementarios de las partes (*postulación alegaciones aportaciones de las pruebas*) y actos de otras personas.

Hasta este punto podemos colegir que el profesor Rocco (1944) entiende al proceso civil como una sucesión concatenada de actos estancos, las cuales están dispuestas por el juzgador, las partes y otros sujetos que participan de la relación procesal construida en el marco de una *Litis*, sin embargo, nuestra posición no se limita a entender el proceso como una cadenas de actos, ya que este hecho al cual podemos denominar hasta *ritualista* solo quedaría satisfecha la voluntad de la administración mas no de las partes, que desde la postulación al proceso buscan razonabilidad en la determinación judicial, la misma que no solo se establece en la sentencia sino en cada uno de los actos procesales, entendiéndose como las garantías de tantas veces invocado *debido proceso*.

Debemos de tener muy presente a lo dicho por el profesor Ortells Ramos al sostener, que la característica esencial de la tutela judicial del derecho privado obedece a un principio estructural del mismo: el principio de la autonomía de la voluntad. Así también refiere, que la tutela configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal de la libertad de ejercicio, y la disposición que sobre los derechos

subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el derecho material. Lo dicho por el profesor ibérico resulta cierto dentro del ámbito de la disponibilidad de los derechos, sin embargo, la satisfacción no solo debe estar vinculada a las partes, sino además, a la sociedad la cual a la resolución del conflicto ve disipada una incertidumbre que de algún modo con la intervención judicial existe desde ya una afectación en la sociedad. (Ortells, 2010: 133)

Referencia actual y de particular atención es la que nos merece lo postulado por el Profesor Antonio María Lorca Navarrete (2015) quien dentro de su manifiesto a favor del Derecho Procesal como un sistema de Garantías Procesales, refiere que el proceso es un conjunto de garantías que permiten llegar al tan ansiado debido proceso, permitiendo de este modo la resolución de las controversias se hagan en el marco de la norma constitucional como elemento fundamental de la plenitud de garantías, naciendo evidentemente lo que el refiere el derecho a la garantía de la función jurisdiccional siendo ello así y calificando la actual realidad peruana desde los distintos niveles de administración de justicia, se tiene que la misma se desarrolla desde un sistema con un modelo de proceso escrito ajeno al reconocimiento del debido proceso y sus garantías tales como la publicidad, la oralidad, la inmediación, concentración o unidad de los actos procedimentales llevados a cabo con la presencia inexcusable del juez.

Bajo los conceptos expuestos, se infiere que el Derecho Procesal Civil es una rama del derecho privado que regulariza lo actos procesales procreados por las partes, las mismas que persiguen protección jurisdiccional efectiva a través de un debido proceso judicial, y así buscar la solución de un conflicto o incertidumbre jurídica, garantizado la salvaguarda de sus derechos que han sido vulnerados o amenazados.

2.1.1.1. Noción y razón de ser del derecho procesal

No puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin conflictos de intereses y de derechos, porque su naturaleza y las normas jurídicas que la reglamentan son susceptibles de ser violadas. En este escenario, caben dos soluciones: o permitir que cada uno persiga su defensa y aplique por cuenta propia el significado de justicia; o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias. De ahí la existencia del derecho procesal, que en cuanto a su origen, responde a una imperiosa necesidad de encauzar la acción, en el deseo de proteger sus intereses contra terceros y contra el mismo grupo, bien sea en presencia de una amenaza o de un hecho perturbatorio consumado. (Devis Echeandia, 1997:39)

Por su parte, Devis Echeandia (1997) refiere:

Precisamente, una de las características esenciales de toda sociedad organizada es la reglamentación de la facultad de desatar los conflictos entre las personas o de reparar lesiones y sancionar los ilícitos, con base en dos principios: la restricción de tal facultad al Estado y la determinación de normas para su ejercicio. Esa facultad es, por parte del Estado, una emanación de su soberanía para la tutela del orden jurídico, lo que trae dos consecuencias: la de rechazar su uso por los particulares, y la de que cada Estado oponga a los otros su ejercicio en forma exclusiva respecto de sus asociados y dentro de su territorio, con las limitaciones y extensiones que veremos al tratar de los límites de la jurisdicción. Pero no quiere decir esto que la única función del derecho procesal sea la de desatar conflictos o prevenirlos, pues al desarrollarse y perfeccionarse en las sociedades modernas, ha extendido sus normas a actos muy numerosos, en los cuales la idea de un choque de intereses no existe. (p. 39-40)

2.1.1.2. Naturaleza y características del derecho procesal y de las normas procesales

El criterio de los juristas clásicos del derecho consideraban esa rama de la ciencia jurídica como secundaria y el derecho procesal como accesorio y adjetivo, en oposición al derecho civil y penal, que son para la sociedad el principal y sustantivo. Los pensadores contemporáneos consideran que deben rechazar esos criterios por absurdas tales clasificaciones o distinciones. El derecho procesal representa hoy, gracias al esfuerzo de los procesalistas modernos, una rama propia e independiente del derecho *-no un acápite del civil o penal-* dotada de sus propios principios fundamentales, con un rico contenido doctrinario. De sus normas se deducen verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial. Lo aceptable es la clasificación de derecho material o sustancial y derecho procesal, fundándose en que éste reglamenta las exigencias sociales, principalmente por el aspecto de la forma, o porque sirve de instrumento para aplicar la norma, pero sin que esto signifique que su importancia sea secundaria. Además, también existen normas procesales de carácter sustancial, pues el derecho procesal desarrolla los principios de origen constitucional que regulan la administración de justicia, la tutela del orden jurídico, la tutela de la libertad y de sus derechos fundamentales. (Devis Echeandia, 1997: 40)

Las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación o realización de las normas objetivas materiales; y son normas instrumentales, porque sirven de instrumento para la realización del derecho objetivo en los casos concretos. Es indispensable tener en cuenta que no es la ubicación de la norma en determinado código lo que determina su naturaleza; porque dentro de los códigos procesales se encuentran normas materiales o sustanciales, como también normas procesales en el Código Civil y en el de Comercio e inclusive en la Constitución Nacional, como las que regulan el funcionamiento del órgano judicial. El derecho procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público, con todas las consecuencias que esto acarrea; es decir, sus normas son de orden público; no pueden derogarse por acuerdo entre las partes interesadas; son generalmente de imperativo cumplimiento y prevalecen en cada país sobre las leyes extranjeras. Sin embargo, existen excepciones, pues algunas normas procesales, expresamente consagradas en los códigos de procedimiento, tales como las que determinan a quién le corresponde pagar las costas o los derechos de remuneración de

secuestres, peritos o testigos, son claramente de derecho privado y de interés particular; por eso las partes pueden renunciar a las costas y los peritos a sus honorarios; otras normas son dispositivas y las partes pueden renunciar a su aplicación, como las que ordenan ciertos traslados. Pero éstas son excepciones y por regla general son de imperativo cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. En consecuencia, el derecho procesal es un derecho público, formal, instrumental y de medio, autónomo, de principal importancia, y de imperativo cumplimiento, salvo las mencionadas excepciones. (Devis Echeandia, 1997: 40-41)

2.1.1.3. Definición del derecho procesal

El derecho procesal según Devis Echeandia (1997) lo conceptualiza como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto, fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla. La actuación del derecho positivo puede ocurrir en la solución de un conflicto, en la investigación y sanción de un hecho ilícito, en su prevención, en la defensa contra su posible repetición, en el cumplimiento de una formalidad o declaración y en la satisfacción coactiva de un derecho. (p. 41-42)

2.1.1.4. Importancia del derecho procesal

Es importante porque por una parte, regula el ejercicio de la soberanía del Estado aplicada a la función jurisdiccional, *(a administrar justicia a los particulares, a las personas jurídicas de derecho privado y a las entidades públicas en sus relaciones con aquéllas y entre ellas mismas - incluyendo el mismo Estado)*; y por otra parte, establece el conjunto de principios que debe encauzar, garantizar y hacer efectiva la acción de los asociados para la protección de su vida, su dignidad, su libertad, su patrimonio y sus derechos de toda clase, frente a los terceros, al Estado mismo y a

las entidades públicas que de éste emanan, bien sea cuando surge una simple amenaza o en presencia de un hecho consumado. Debe tenerse en cuenta, que sin organización jurisdiccional no puede haber orden social ni Estado de derecho, y aquélla no se concibe sin el derecho procesal, así sea incipiente o rudimentario. (Devis Echeandia, 1997: 42)

Devis Echeandia (1997) refiere:

Gracias al derecho procesal se elimina la justicia privada, que es barbarie, y el Estado puede obtener y garantizar la armonía y la paz sociales. Sin aquél serían imposibles éstas, porque las normas jurídicas que conforman el derecho positivo son por esencia violables y por tanto también los derechos y las obligaciones que de ellas emanan, de manera que es indispensable el derecho procesal para regular los efectos de esas violaciones y la manera de restablecer los derechos y las situaciones jurídicas vulneradas. Por esta razón, el derecho sustancial sería innocuo sin el procedimiento legal para su tutela y restablecimiento, y no se concibe un derecho subjetivo sin la acción para originar el proceso mediante el cual se pueda conseguir su amparo y su satisfacción. Aparece así claramente que el derecho procesal es el instrumento jurídico para la defensa de la vida, la libertad, la dignidad y los derechos subjetivos individuales y sociales, como también de los derechos del Estado y de las entidades en que éste se divide frente a los particulares y a las personas jurídicas de derecho privado. Es casi lo mismo no tener derechos sustanciales que no poder obtener su tutela y su satisfacción mediante el proceso, puesto que aquéllos son por esencia violables. (p. 42-43)

2.1.1.5. Objeto y fin del derecho procesal

Para Davis Echeandia (1997: 43) el objeto del derecho procesal, es regular la función jurisdiccional del Estado, entre ellas tenemos:

- a) En la solución de conflictos entre particulares y de éstos con el Estado y sus entidades y funcionarios;
- b) En la declaración de certeza de ciertos derechos subjetivos o de situaciones jurídicas concretas cuando la ley lo exige como formalidad para su ejercicio o su reconocimiento;
- c) En la investigación y sanción de hechos ilícitos de naturaleza penal;
- d) En la prevención de esos hechos ilícitos;

- e) En la tutela del orden jurídico constitucional frente a las leyes comunes y del orden legal frente a los actos de la administración;
- f) En la tutela de la libertad individual, de la dignidad de las personas y de sus derechos que la constitución y las leyes les otorgan.

Por otra parte, el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto, la armonía y la paz social, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo abstracto en los casos concretos, gracias al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de funcionarios públicos especializados. (Devis Echeandia, 1997: 43)

2.1.1.6. Unidad del derecho procesal y sus diversas ramas

El derecho procesal es uno solo, puesto que regula en general la función jurisdiccional del Estado, y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. No obstante, por la naturaleza de las normas en conflicto, puede dividirse en derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo, coactivo o fiscal. La evolución del derecho en general conduce lógicamente hacia su especialización y diversificación, a medida que se complican y se transforman los fenómenos sociales de todo orden que debe regular. Esto opera con mayor razón en el derecho procesal. Pero su unidad exige que se estudien en conjunto y con un criterio común sus principios generales, y ésta es la razón del curso de la teoría general del proceso. (Devis Echeandia, 1997: 43-44)

2.1.1.7. Principios fundamentales del derecho procesal

Según lo refiere Devis Echeandia (1997: 55 y ss.) son los siguientes:

a) Principio de interés público o general en el proceso.

Nadie discute ya que tanto el proceso penal, como el civil, laboral, contencioso-administrativo y de cualquiera otra clase, son eminentemente de interés público o general, porque persiguen y garantizan la armonía, la paz y la justicia sociales

b) Carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional del Estado.

Es éste un principio elemental, pues es fundamento de la existencia misma del Estado, como organización jurídica. Sus consecuencias son: prohibición de la justicia privada y obligatoriedad de las decisiones judiciales. Hay dos aparentes excepciones a este principio: los casos de los árbitros y de los jurados de conciencia; los primeros son particulares designados por las partes que voluntariamente someten a ellos un litigio o por el juez subsidiariamente, y los segundos, también particulares que son llamados a dictaminar en conciencia acerca de la responsabilidad de los procesados penalmente.

c) Independencia de la autoridad judicial.

Es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada misión, puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les fije en cuanto a la forma de adelantar el proceso y de proferir su decisión. Este principio rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones. El juez debe sentirse soberano en la recta aplicación de la justicia, conforme a la ley. Un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes o legisladores, deja de ser un Estado de derecho.

d) Imparcialidad rigurosa de los funcionarios judiciales.

Esta imparcialidad es una de las razones que exigen la independencia del órgano judicial en el sentido expuesto. Ella se contempla, con la ausencia de todo interés en su decisión, distinto del de la recta aplicación de la justicia. Al juez le está vedado conocer y resolver asuntos en que sus intereses personales se hallen en conflicto con su obligación de aplicar rigurosamente el derecho. No se puede ser juez y parte a un mismo tiempo. De ahí las causales de impedimento y de recusación que en todos los códigos de procedimiento se han establecido.

e) Igualdad de las partes ante la ley procesal y en el proceso.

Dos consecuencias se deducen: 1) la de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiatur et altera pars*, que viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; 2) que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las partes. En materias civiles tiene este principio tanta importancia como en las penales, pues la defensa del patrimonio y de la familia es tan necesaria como la de la propia libertad física. De él emanan dos consecuencias: la sentencia proferida en un proceso sólo afecta a las personas que fueron parte en el mismo, o a quienes jurídicamente ocupen su lugar, y debe ser citado el demandado de manera necesaria para que concurra a defender su causa. Absurdo sería imponer pena o condena civil a quien no ha sido parte en el proceso en que la sentencia se dicta.

f) Publicidad del proceso.

Significa ese principio que no debe haber justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones. Pero ello, no quiere decir que todo el proceso debe ser necesariamente público, y que toda persona pueda conocer en cualquier momento los expedientes. Esto perjudicaría gravemente la buena marcha de los procesos, especialmente en materias penales. La publicidad se reduce a la discusión de las pruebas, a la motivación del fallo y a su publicación, a la intervención de las partes y sus apoderados y a la notificación de las providencias.

g) Obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.

La ley señala cuáles son los procedimientos que se han de seguir para cada clase de proceso o para obtener determinadas declaraciones judiciales, sin que les sea permitido a los particulares, aun existiendo acuerdo entre todos los interesados en el caso, ni a las autoridades o a los jueces modificarlos o permitir sus trámites, salvo cuando expresamente la misma ley autoriza hacerlo.

h) El principio de que las sentencias no crean, sino declaran derechos.

Los derechos subjetivos se originan en el derecho positivo y principalmente en la ley, su fuente formal más común en el mundo moderno. Los procedimientos sirven para obtener su tutela, su ejecución, su garantía, para permitir, en ocasiones, su ejercicio, pero no para crearlos. De ahí que Ugo Rocco considere que una de las características del derecho procesal es la de ser un derecho medio. Donde el juez, al decidir, se limita a declarar

los derechos que conforme a las normas positivas tiene la parte, y no le otorga ninguno que ellas no consagren.

i) El principio de la verdad procesal

Entiéndase por verdad procesal la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser diferente de la verdad real. Significa este principio que para el juez lo importante y único es la verdad procesal, que su decisión tendrá que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. Nos lleva lo anterior a concluir que no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos, con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra.

De ahí que pueda afirmarse, que en el proceso lo que importa es la prueba del derecho que se tiene, y que tanto vale, no tener un derecho como no poder demostrarlo, pues el juez tiene que fallar conforme a lo probado en el proceso, y por eso, la trascendencia de darle facultades para decretar oficiosamente pruebas y tomar la iniciativa que estime necesaria, a fin de poder pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno de estar obrando conforme a la realidad de los hechos y a la justicia.

j) El principio de la cosa juzgada.

Este principio se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia. Significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio o un asunto penal entre determinadas partes, éstas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo, y los jueces deben respetarla. De lo contrario, la incertidumbre

reinaría en la vida jurídica y la función del juez se limitaría a la de buen componedor con la consecuencia de que el proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la certeza jurídica.

La existencia de la cosa juzgada exige como factores que la determinan y que, por consiguiente, funcionan como requisitos de la misma: que haya una sentencia; que se pronuncie en procesos cuyas sentencias no estén excluidas expresamente de esta clase de efectos, y que esa decisión no sea susceptible de impugnación por vía de recurso, sino que esté cerrada a este tipo de discusiones en razón de su firmeza, es decir que no sea recurrible por disposición legal o que los recursos posibles en principio no hayan sido interpuestos o hayan quedado a su vez resueltos. La sentencia sólo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, con excepciones en algunos casos de efectos erga omnes, expresamente consagrados en la ley; únicamente se aplica para el mismo objeto o relación jurídico-sustancial que fue controvertida y respecto a la cual se surtió el proceso y no impide que se debata sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, pero con base en una causa distinta, o sea, en un título o motivo jurídico diferente o por un nuevo ilícito.

2.1.2. Presupuestos de la Justicia Civil

Cuando de presupuestos se habla, concierne referir a todo aquel elemento indispensable que directamente se halla inmerso en la jurisdicción y vinculado a la competencia civil, teniendo como fundamento original el que surge de un conflicto jurídico o incertidumbre intersubjetiva de intereses contrapuestos, he ahí la jurisdicción tiene el deber *—en el marco de la competencia civil—* de administrar el poder, deber otorgado por la norma de

mayor jerarquía, la Constitución Política; que en buena cuenta, deberá contener el presupuesto de relevancia jurídica, previsto en el derecho objetivo. En otros términos, existe una determinada y apropiada norma adjetiva que condicione a la resolución correcta de la controversia jurídica.

Por otra parte, la justicia civil requiere acciones concretas para su impulso, concreción e implementación, entendiendo que el diseño es sólo una etapa de un complejo proceso de cambio; pues bien, cualquier proceso de transformación de la justicia civil debe enfocarse como un proceso de intervención pública: partir de la identificación de un problema para luego ingresarlo a la agenda pública y diseñar las soluciones posibles. En consecuencia, la reforma a la justicia civil requiere el diseño específico de mecanismos y herramientas que permitan, en la práctica, su impulso, concreción e implementación. Para ello, requiere incorporar desde el principio, estrategias que la efectivicen e impidan su implementación deficiente por la falta de recursos, o por la carencia de capacitación e inexistencia del modelo de gestión o de tecnologías de información y comunicación requeridas. La reforma debe partir de un supuesto fundamental: no puede ser diseñada como un proceso aislado de algunos sectores de la sociedad, sino que debe ser una estrategia de Estado para mejorar el sistema de justicia y garantizar los derechos humanos, partiendo de la necesidad de efectivizar su implementación adecuada. (Mario Chayer & Pereira Campos, 2009: 87 y ss.)

Pues bien, el acceso a la justicia, viabiliza el correcto ejercicio del derecho de acción, al sostener que:

Aunque el efectivo acceso a la justicia ha sido progresivamente aceptado como un derecho básico de la sociedad moderna, el concepto de efectividad es, en sí mismo, bastante vago. Puede llegar a interpretarse que la mejor efectividad consiste en una completa igualdad de armas entre los litigantes, por la convicción de que el resultado último del juicio sólo depende de la eficacia de los argumentos contrapuestos, desconectado de las reales desigualdades extraprocesales que se reflejan en la aplicación del Derecho. Claro está que la igualdad absoluta entre los litigantes es utópica. Las

diferencias entre ellos nunca pueden ser totalmente colmadas. El problema consiste en la manera de acortarlas y a qué costo. (Parodi Remón, 1996: 138)

En efecto, el profesor Parodi Remón (1998: 141) explica que los conceptos mencionados de *acción, igualdad, debido proceso y acceso a la justicia*, siempre han sido considerados expresamente a nivel internacional. Además de los artículos 8° y 10° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, encontramos el artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 6° del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En consecuencia, todo acto cumplido por un juez o tribunal de justicia que contenga elementos propios del acto jurisdiccional, constituye una exteriorización de jurisdicción judicial. (Palacio, 2003: 86)

2.1.3. La Jurisdicción

2.1.3.1. Noción

La jurisdicción, en un sentido amplio, al observar la función de fuente formal del derecho, y obtiene que la ley, la costumbre y la jurisprudencia son manifestaciones de ella. Por lo tanto, no debe ni puede confundirse la jurisdicción y el proceso; porque no solamente declara el derecho el juez al decidir en un proceso, sino que también lo hace el legislador al dictar la ley y el gobierno cuando promulga un decreto con fuerza de ley. En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho, y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la convivencia pacífica; ahora bien, existe mucha confusión

con el fin de la jurisdicción con el del proceso en general. (Devis Echeandia, 1997: 95)

Por su parte, Devis Echeandia (1997: 96) sostiene, el termino de jurisdicción se le otorgan diversos significados jurídicos, y así se usa como sinónima de competencia, lo cual es un error; en ciertas ocasiones se la emplea para indicar el conjunto de poderes o atribuciones de un órgano del poder público, bien sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial; se la usa también para precisar el ámbito territorial en donde el Estado ejerce su soberanía o el territorio en que el juez cumple sus funciones; y finalmente, en un sentido objetivo se dice que es el conjunto de asuntos sometidos al conocimiento del juez. Estas acepciones son impropias y erradas, especialmente la primera y la última.

Tampoco debe confundirse la jurisdicción con las funciones de los jueces, porque algunas de éstas son administrativas y no jurisdiccionales, como la de nombrar empleados, reglamentar sus funciones en lo que la ley no lo haga, cobrar sus sueldos, cumplir el horario de trabajo, nombrar otros jueces, elaborar listas de personas que pueden ser nombradas, y otros. El fin principal de la función jurisdiccional es satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social; su fin secundario es satisfacer el interés privado en la composición de los litigios y en el juzgamiento de quienes resulten imputados de ilícitos penales, mediante el proceso, o en obtener el fin concreto especial que los interesados persigan con éste (porque no siempre existe litigio en el proceso). (Devis Echeandia, 1997: 96)

2.1.3.2. Naturaleza Jurídica

El termino jurisdicción, en el lenguaje jurídico mantiene diferentes significados, siendo ésta una de las más difíciles para la doctrina, hasta el momento insuperable; por esta razón se hace necesario mencionar distintos conceptos de autores tanto colombianos como extranjeros

para brindar una visión mucho más amplia de dicho aspecto. Por ello, el jurista Eduardo J. Couture (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 56-57) considera que la palabra jurisdicción, tiene por lo menos cuatro acepciones:

- ✓ **Como ámbito territorial**, se refiere a la relación con un ámbito territorial determinado. (Se dice por ejemplo que el hecho ocurrió en tal sección, circunscripción o departamento).
- ✓ **Como sinónimo de competencia**, hasta el siglo XIX esta idea permanecía intacta, indistintamente se alude a la falta de jurisdicción como falta de competencia; en el siglo XX se ha superado este equivoco, aunque quedan secuelas en la legislación y en el lenguaje forense. La competencia, es una medida de jurisdicción y vale aclarar que todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer de un determinado asunto. La jurisdicción es el todo y la competencia es un fragmento de la jurisdicción.
- ✓ **Como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público**, en algunos textos se utiliza el vocablo —jurisdicción para referirse a la investidura, a la jerarquía de determinados órganos públicos, más que a la función. El concepto de poder debe ser sustituido por el concepto de función.
- ✓ **Como función pública de hacer justicia**, esta es la primera aproximación al concepto de función jurisdiccional; generalmente la función jurisdiccional coincide con la función judicial, aunque existen funciones jurisdiccionales a cargo de otros órganos diferentes al poder judicial.

Por otro lado el Doctor Azula Camacho (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 57) refiere que para comprender la naturaleza jurídica de la jurisdicción, se debe tener en cuenta:

- ✓ **La teoría objetiva**, se funda en que la jurisdicción tiene como fin aplicar la norma general o abstracta al caso particular que se convierte en el proceso; el reparo a esta concepción radica en que la idea de actuación del derecho no es un distintivo propio de la función jurisdiccional, ya que también ocurre en la administrativa.
- ✓ **La teoría subjetiva**, considera que el objeto de la jurisdicción es reconocer el derecho reclamado por el demandante; se le critica por tanto no existe una tutela para el demandante, ya que la acción reside en cualquier persona.
- ✓ **Las teorías mixtas**, se fundamentan en que un solo aspecto o elemento no es suficiente para explicar o justificar la naturaleza de la jurisdicción, sino que la nota característica reside precisamente en el conjunto o reunión de todos; en conclusión para poder tener una visión completa de la naturaleza de la jurisdicción; esto es que radica tanto en la aplicación de la ley como tutelar el derecho del demandante.

Para Fairen Guillen (1992: 103-104) la jurisdicción constituye una parte de la soberanía, pues siempre ha existido dudas sobre aquella naturaleza; en efecto, la autoridad de la jurisdicción, se manifiesta en sus elementos integrantes, con caracteres de *imperium*, su potestad se diversifica en las de *conocer* y *sentenciar* (*notio* y *judiciutn*); en la de *ejecutar* o *hacer ejecutar lo juzgado*.

No obstante, para Devis Echeandia (1997: 98) subraya lo siguiente:

De lo expuesto se deduce que así como el Estado tiene la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o la certeza de los derechos y para la tutela del orden jurídico, cuando el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales, o cuando ocurre un hecho ilícito penal, así también el Estado tiene el poder de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la realización de un derecho o hayan incurrido en un ilícito penal. De ahí que la jurisdicción pueda ser considerada por un doble aspecto: a) como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares, y b) como

una obligación jurídica del derecho público del Estado de prestar sus servicios para esos fines, de la cual se deduce el derecho subjetivo público de toda persona de recurrir ante él, a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante el ejercicio de la acción, para que se tramite un proceso o se adelante la investigación previa o sumarial por un juez. Esa obligación del Estado se encuentra consagrada directamente por la norma legislativa o el derecho objetivo que la regula y delimita, y de ahí que la misma ley sancione al juez que con cualquier pretexto deniegue justicia. Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia. Luego incurren en ese ilícito, con mayor razón, si lo rehúsan por cualquier otro pretexto.

2.1.3.3. Elementos y características

La jurisdicción la integran tres elementos, como son: el subjetivo, el objetivo o material y el formal o de actividad (Universidad Católica de Colombia, 2010: 58) y es como se detalla:

- ✓ **El subjetivo**, está constituido por los sujetos, representados, de un lado, por el funcionario jurisdiccional, y, de otro, por los particulares, integrantes de la sociedad.
- ✓ **El objetivo o material**, está integrado por la materia sobre la cual recae la jurisdicción y representado por la pretensión que, a su vez, versa sobre la relación jurídica sustancial debatida en el proceso.
- ✓ **El de actividad o formal**, está compuesto por el proceso, que es el medio por el cual la jurisdicción cumple su función.

Estos elementos los denomina COUTURE (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 58) es de la siguiente manera:

- ✓ **Forma de la jurisdicción:** Donde las partes son normalmente un actor, y un demandado. Eventualmente los terceros pueden asumir la condición de partes en los casos previstos en la ley. Además la jurisdicción opera con un método de debate que se denomina procedimiento.

- ✓ **Contenido de la jurisdicción:** Se entiende como la existencia de un conflicto con relevancia jurídica que es necesario decidir mediante resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, si el acto no adquiere autoridad de cosa juzgada no es jurisdiccional. También pertenece a la esencia de la jurisdicción el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena. También se ha señalado como contenido de la jurisdicción su carácter sustitutivo así: en el proceso de conocimiento, el juez sustituye con su voluntad, la voluntad de las partes y de los terceros; y en el proceso de ejecución, la sustitución consiste en que los funcionarios del estado, actuando coactivamente, realizan los actos que debió haber realizado el obligado y de los cuales fue omiso, como por ejemplo la venta de bienes para percibir el precio⁶⁸.

En ese contexto, según AZULA (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 59) la jurisdicción se caracteriza por:

- ✓ **General.** En el sentido que cubre todo el territorio de un país y obedece a la necesidad de que toda la sociedad pueda utilizarla.
- ✓ **Exclusiva.** Por cuanto pueden ejercerla los funcionarios que integran una de las ramas del estado, lo que no excluye que otras la desempeñen transitoriamente, e inclusive por los mismos particulares.
- ✓ **Permanente.** Se ejerce sin interrupción alguna, o sea que los distintos órganos que la componen cumplen sus funciones de manera ininterrumpida o continua. La organización judicial, a la cual esta atribuida la función jurisdiccional, siempre existe.
- ✓ **Independiente.** La rama judicial es independiente de las otras en que suele dividirse el estado, o sea legislativa y la administrativa. Desarrollo de la independencia de la rama judicial es el hecho de

que se haya dispuesto su integración por sí misma, sin injerencia de las otras.

2.1.3.4. Poderes que emanan de la Jurisdicción

Conforme a Devis Echeandia (1997: 99 y ss.) menciona lo siguiente:

a) Poder de decisión

Por medio de este poder dirimen con fuerza obligatoria la controversia, o hacen o niegan la declaración solicitada, o resuelven sobre la existencia del hecho ilícito penal y de la responsabilidad del sindicado o imputado, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.

b) Poder de coerción.

Con éste se procuran los elementos necesarios para su decisión (oficiosamente o a solicitud de parte, según sea el caso), removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción. En virtud de él, los jueces pueden imponer sanción a los testigos que se nieguen a rendir declaración o a quienes se opongan al cumplimiento de sus diligencias; pueden también sancionar con arresto a quienes les falten al respeto en su condición de jueces y expulsar del despacho a las personas que entorpezcan su trabajo; y pueden, finalmente, emplear la fuerza pública para imponer a los rebeldes una orden de allanamiento y para practicar un embargo y secuestro o para conducir a su presencia al imputado o sindicado y al testigo desobediente. A veces la coerción consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversas, como la declaración de confeso cuando la parte no concurre a interrogatorio en un

proceso civil, o se niega a exhibir un documento y el tener la conducta de la parte como un indicio en otros casos.

c) Poder de documentación o investigación.

Esto es, decretar y practicar pruebas, que en ocasiones va unido al anterior, como sucede en las inspecciones o reconocimientos judiciales cuando hay oposición de hecho. De este poder pueden usar los jueces de oficio en materia penal y generalmente y también en los modernos procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y civiles, según vimos al estudiar la aplicación del principio inquisitivo. Ejemplos de ello son la exhibición de documentos y de objetos muebles, autorizada por las leyes procesales; la citación de testigos, la orden a las partes para comparecer a interrogatorio oficioso, o por solicitud de otra parte, y la orden para comparecer a indagatoria o declaración como imputado en la investigación penal.

d) Poder de ejecución.

Se relaciona con el de coerción, pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. Cuando se trata de lo primero, se refiere al poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, que es el *imperium* de la concepción clásica. Es indispensable, porque de nada serviría el proceso si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado. Las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas o en firme, salvo que en ellas se determine un plazo especial para hacerlo.

2.1.3.5. Conflictos de Jurisdicción

El conflicto se presenta cuando dos o más funcionarios investidos de jurisdicción, pero pertenecientes a distinta rama (ordinaria, contenciosa, administrativa, penal, etc.) se disputan el conocimiento de un proceso, bien por considerar que a ninguno le corresponde (negativo), o porque todos estiman que es de su exclusiva incumbencia (positivo).

AZULA CAMACHO (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 60-61) estima que para que exista, o mejor para que se configure el conflicto de jurisdicción es preciso que se reúnan tres requisitos a saber:

- ✓ Que curse un proceso en primera instancia.
- ✓ Que entre el funcionario que tramita el proceso y otro u otros surja disputa acerca de a quien le corresponde conocerlo.
- ✓ Que los funcionarios entre quienes se suscite estén investidos de jurisdicción, pero pertenezcan a diferente rama.

Del mismo modo ECHANDIA (citado por Universidad Católica de Colombia, 2010: 61-62) adiciona que los conflictos de jurisdicción pueden presentarse de la siguiente manera:

- ✓ Entre la jurisdicción civil y la contencioso – administrativa.
- ✓ Entre los funcionarios judiciales y los del orden administrativo, como en materia de baldíos, aguas, marcas y patentes. En estos casos las sentencias ejecutoriadas y aun los autos en firme de los primeros, deben ser acatados por los segundos, salvo disposición en contrario de la ley.
- ✓ Entre la jurisdicción civil y la fiscal, en cuyo caso el conflicto se resuelve por el superior inmediato del juez civil que acepta o provoca la colisión.

- ✓ Entre los jueces municipales y las autoridades de policía, los que deben ser resueltos por el superior de los primeros.
- ✓ Pueden presentarse conflictos entre los jueces del trabajo y los civiles o entre estos y los penales.
- ✓ Entre las autoridades eclesiásticas y las civiles también pueden presentarse conflictos y en este caso deben ser resueltos por los jueces ordinarios, es decir, la insistencia de estos prevalece.
- ✓ Entre la jurisdicción penal militar y la penal ordinaria, y entre los jueces penales de menores y los jueces penales ordinarios.
- ✓ Entre los jueces civiles de menores y jueces civiles ordinarios, situación que es similar al conflicto entre jueces penales de menores y penales ordinarios.

2.1.3.6. Tutela jurisdiccional

El proceso es un instrumento de tutela del Derecho, de modo que si se desnaturaliza por violación de sus formas esenciales, el instrumento de tutela falla y con él sucumbe inexorablemente el derecho de los justiciables. Existe entonces, la necesidad de cuidar el normal desarrollo del proceso. (Obando Blanco, 2010: 33). Debemos partir de la posición aceptada por la doctrina procesal que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso se constituyen en respuestas óptimas a situaciones procesales diversas con problemas comunes. Por un lado la Tutela Jurisdiccional Efectiva es propia de un sistema de derecho occidental, que involucra a la vieja Europa, de donde surge el sistema románico germánico, en contraposición básicamente al derecho surgido en la isla británica (Common Law). La constitucionalización expresa del *derecho a la tutela judicial de los derechos* desarrolla una idea dominante en las Constituciones nacidas de la trágica experiencia del conflicto mundial. La tutela jurisdiccional efectiva surge en una tradición donde el Derecho evoluciona sobre la base de la doctrina.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado diversas expresiones para referirse al asunto que ahora interesa: garantías procesales, tutela procesal efectiva, debido proceso, por ejemplo, aun cuando no se trata *–conforme a un análisis exigente–* de términos sinónimos. JOSÉ CAFFERATA NORES deslinda debido proceso de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

La identificación resulta inadecuada, no sólo porque se trata de dos derechos que tienen un origen diferente (el proceso justo de origen anglosajón y la tutela jurisdiccional efectiva de la Europa continental), sino también porque extienden su fuerza normativa a ámbitos de aplicación también diferentes. Así, mientras la tutela jurisdiccional efectiva está circunscrita a los procesos jurisdiccionales *–valga la redundancia–*, el proceso justo o debido proceso rige además los procedimientos administrativos, arbitrales, militares, políticos y particulares. (García Ramírez, 2006: 45)

Un sector de la doctrina nacional señala que la tutela jurisdiccional y el debido proceso tienen finalidades distintas y por ende pueden convivir en un mismo ordenamiento, afirmando, que es cierto que el derecho al debido proceso es más amplio que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que es aplicable a todo procedimiento, pero de ello, no puede colegirse que lo englobe; esta tutela jurisdiccional efectiva se viene a convertir por el contrario en la principal garantía fundamental dentro de un proceso jurisdiccional. Y es que provienen de tradiciones distintas, y a distintas finalidades también conllevan. La tutela jurisdiccional efectiva será aquel derecho fundamental de la persona a través del cual busca defender en el plano real sus derechos materiales. De esta manera, el proceso jurisdiccional es un instrumento para alcanzar dicho fin: es por ello que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo es aplicable dentro del proceso judicial. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva permite que el proceso cumpla con sus fines (Obando Blanco, 2010: 35-36). En esa posición que compartimos se señala:

Mientras la tutela jurisdiccional efectiva tiene como finalidad la satisfacción de los intereses de los particulares a través de un proceso; el derecho al debido proceso será ese conjunto de garantías procesales que debe contar todo particular en todo tipo de procedimiento sea este jurisdiccional o no. Es decir, el derecho a la tutela jurisdiccional sería una visión de unión entre derecho sustancial y proceso judicial. Se quiere que las situaciones jurídicas sean efectivas; se den en el plano real. Y ello se da precisamente tan sólo a través de un proceso jurisdiccional. El debido proceso por el contrario, sería un sinónimo de respeto a garantías procesales. (Jordán Manrique, 2005: 79-80)

En el diseño del Código Procesal Constitucional se condensa en una categoría *tutela procesal efectiva*, los institutos de la tutela jurisdiccional y el debido proceso consignados en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución Política. La llamada tutela procesal efectiva que desde la mirada formalista del Código abarca las dos instituciones constitucionales mencionadas. En el fondo, el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional no puede ser obviado como lamentablemente lo hace el Proyecto de Reforma Constitucional. El hacerlo, constituye un desconocimiento de nuestros legisladores ya que se trata de la herramienta necesaria para que dentro de un proceso judicial el particular pueda ver satisfechos sus intereses. No basta pues el proceso justo con garantías, sino que se hace necesario el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. (Obando Blanco, 2010: 37)

El profesor español Francisco Chamorro (1994) señala que se infringirá la tutela jurisdiccional efectiva en los siguientes casos:

(...) se niega u obstaculiza gravemente a la persona el acceso a la jurisdicción o al proceso en el que pueda plantear su pretensión ante los Jueces y Tribunales; b) se le produce indefensión en el proceso donde se ventila esa pretensión; c) no obtiene una resolución razonable y fundada en derecho; d) la resolución obtenida no es efectiva. La violación de los derechos y garantías procesales derivados de la tutela judicial efectiva puede producirse en múltiples formas, pero siempre deberá afectar a alguno de los cuatro puntos señalados. Todas las demás infracciones o serán incumplimientos de

legalidad ordinaria o, en su caso, serán incumplimientos de otras concretas garantías procesales, pero no derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. (p. 11-12)

Para que este derecho fundamental pueda ser considerado pleno, debe ser apreciado en toda su integridad. Por ello, el profesor Francisco Chamorro (1994: 277 y ss.) sostiene que se puede hablar de cuatro grados de efectividad:

- a) La efectividad de primer grado, garantiza a los ciudadanos la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional. La tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en el mero acceso y en el proceso debido; sino que se requiere además, una respuesta del órgano jurisdiccional.
- b) La efectividad de segundo grado, garantiza que la resolución del órgano jurisdiccional será una que resuelva el problema planteado.
- c) La efectividad de tercer grado, garantiza que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.
- d) La efectividad de cuarto grado garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho (Obando Blanco, 2010) inherente que todo sujeto de derecho goza, amplia e irrestrictamente, sin distinción alguna, se trata de aquel ejercicio de poder subjetivo para exigir al Estado de Derecho el otorgamiento de garantías judiciales necesarias; esto es, que comprenda el acceso a la justicia gratuita, al debido proceso, que arribe a una resolución debidamente fundada en derecho para alcanzar los fines consecutivos a la satisfacción de la persona humana.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política y artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y cuya cualidad de *efectividad* se desprende de su interpretación, de conformidad con los

tratados internacionales sobre derechos humanos, como es el caso del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. La efectividad de la tutela jurisdiccional sin duda constituye el rasgo esencial de este derecho, de forma tal que una (...) tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. (Chamorro Bernal, 1994: 276)

Conforme a la postura del jurista Luiz Guilherme Marinoni (2007: 230) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aún sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva confiere el derecho al procedimiento (*técnica procesal*) realmente capaz de atender a los derechos, sea ante el Estado, sea ante los particulares. En el uso de la técnica cautelar, la expansión de la cautelar innominada significó un fenómeno de democratización del proceso, del acceso a la justicia y a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. (Obando Blanco, 2010)

Reafirmando su posición, el profesor Marinoni (2008: 35), sostiene:

En realidad, hay un derecho fundamental a la efectividad de la tutela jurisdiccional y, por tanto, un derecho fundamental a la tutela preventiva, el cual incide sobre el legislador (obligándole a instituir las técnicas procesales capaces de permitir la tutela preventiva) y sobre el juez (obligándole a interpretar las normas procesales de modo que no permita dejar de lado instrumentos procesales que realmente viabilicen la concesión de la tutela de prevención).

A ciencia cierta, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es aquel derecho que se encuentra consagrado abundantemente en nuestra

normatividad peruana, *ad exemplum*, la vigente Constitución Política del Perú de 1993, en el inciso 3 de su artículo 139; asimismo, en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en ambos a todas luces se precisa que es un derecho, en virtud del cual goza toda persona, por lo que se le atribuye la facultad de exigir ante Estado la protección necesaria para salvaguardar un derecho que ha sido vulnerado o que corre el riesgo. Desde esa perspectiva, un conflicto o incertidumbre jurídica que afecte a una o más personas humanas, despierta la legitimidad para obrar ante y en el órgano jurisdiccional correspondiente para que resuelva o de solución a la pretensión invocada e—*a través de la demanda*— esto no quiere decir, que lo pretendido será admitido por hecho de alegarlo, dado que el juzgador por el preponderante rol que asume, debe realizar un análisis exhaustivo de los hechos y cotejándolo con el derecho, para así emitir el fallo.

Por tanto, es aplicable no solo en sede judicial sino en los diferentes procedimientos administrativos e inclusive en los de tipo corporativo entre privado; pues bien, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso; sino que también, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión. (Obando Blanco, 2010: 41-42)

Por su parte, Aníbal Quiroga León, al abordar el concepto de la Tutela Jurisdiccional Efectiva refiere:

(...) la tutela del proceso se realiza por imperio de las previsiones constitucionales para evitar que el legislador ordinario instituya leyes procesales de modo tan irrazonables que, debido a bruscos cambios de la coyuntura política, virtualmente impida a las partes la defensa de sus derechos y a los jueces el cumplimiento de su función jurisdiccional. (1991 Octubre: 61)

El Tribunal Constitucional peruano ha venido perfilando su significado y alcances, a partir de la doctrina y jurisprudencia española, señalando que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sólo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también, el derecho a la *efectividad* de las resoluciones judiciales; donde busca garantizar que lo decidido por la autoridad jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones (*Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002, en su Fundamento Jurídico 2.3.1*). El Tribunal Constitucional ha desarrollado el derecho de la efectividad de las resoluciones judiciales, como componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Obando Blanco, 2010) asimismo, ha sostenido que

(...) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo liminar de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente (...) con la ejecución de la sentencia modificándose sus propios términos, o con su inejecutabilidad. (*Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1546-2002-AA/TC-Lima, de fecha 28 de enero del 2003*).

El Tribunal Supremo, señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, debe entenderse como la atribución que tiene todo justiciable a acceder a los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de obtener una respuesta de éstos a sus pretensiones; además, debe tenerse en cuenta que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no tiene el mismo contenido que el derecho al debido proceso, el que está referido a la atribución que tiene toda persona para que dentro de un proceso, ya sea judicial o administrativo, sus pretensiones sean evaluadas por una autoridad competente e imparcial, y exigir de ella el respeto al derecho de defensa, el ser oído y que se meritúen los medios probatorios incorporados al proceso, para que finalmente se emita dentro del plazo correspondiente la resolución que ponga fin a la controversia sujeta al conocimiento de dicha autoridad -*Casación No.*

535-2001-Callao de fecha 18 de junio del 2001, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República-; asimismo establece que, no se agota en prever mecanismos de tutela en abstracto sino que supone posibilitar al justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mismo empleo de la actividad procesal - Casación No. 2456-2005-Callao de fecha 23 de mayo del 2006, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia-. (Obando Blanco, 2010)

El jurista Juan Monroy Gálvez (1996: 248-249) define el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho público y subjetivo por el que toda persona, por el solo hecho de serlo, en tanto es sujeto de derechos, por ende, está facultada a exigirle al Estado plenamente, en sus dos formas: el derecho de acción y el derecho de contradicción. En su opinión, entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación. (Obando Blanco, 2010)

2.1.3.7. El órgano jurisdiccional

El Tribunal Constitucional ha señalado, en forma reiterada, que el derecho fundamental de acceso a la justicia refiere:

(...) garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación y la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) también garantiza

que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados. En este sentido, (...) supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias. (STC N° 010-2001-AI/TC)

Independientemente de lo que el Tribunal Constitucional disponga, en la práctica procesal, se evidencian múltiples deficiencias en el orden jurisdiccional, que no son más que aspectos negativos que trastocan y fomentan la disconformidad y desapego de la confianza en él, lo cual supone la desfiguración de la imagen institucional, que desde ya ostenta el Poder Judicial y todos aquellos órganos que lo conforman, y han motivado insostenible y colosalmente el descontento manifiesto de la población, al no resolverse adecuada y oportunamente las controversias jurídicas.

En el presente estudio, se ha logrado identificar una de las deficiencias típicas que adolece los órganos jurisdiccionales, atañe a la fijación de los puntos controvertidos de manera errada, es decir, que la carencia de técnicas formales o criterios metódicamente jurídicos no coadyuvan a establecerlas correctamente, los juzgados desconocen la uniformidad de algún criterio técnico para tal fin, por lo que abruptamente vulnera el derecho de cada justiciable, de acceder a un órgano jurisdiccional idóneo que le brinde garantías para la solución del problema, conforme asevera el Tribunal Constitucional en la sentencia referida.

Cabe precisar que, en la doctrina procesal constitucional el derecho de acceder libremente al órgano jurisdiccional se encuentra ligado a la garantía de la tutela judicial efectiva. En el ordenamiento jurídico peruano, la tutela jurisdiccional efectiva, tiene como finalidad garantizar a todo justiciable que los conflictos puestos a conocimiento de un juzgado sean resueltos, conforme a ley y de la manera más idónea.

Tal como lo refiere Rincón Córdova (2010) no basta una consagración expresa de normas constitucionales y legales que adopten o reiteren los derechos establecidos en instrumentos internacionales o que remitan en bloque a su contenido, sino que las finalidades plasmadas en dichos instrumentos internacionales solo se cumplen si asegura una verdadera intervención judicial que propenda al respeto, la eficacia y la aplicación de derechos fundamentales.

Siendo ello así, consideramos que un elemento de la idoneidad en la resolución de controversias, debe estar incluida el adecuado conocimiento del proceso, previo a la emisión de la sentencia de parte, es decir, un conocimiento práctico de las piezas procesales que deberán ser utilizadas durante la emisión de la sentencia, esto a fin de cumplir con las demás las garantías que promueven el proceso judicial, como lo son la celeridad y la economía procesal efectiva. Tal como lo ha señalado la Corte Suprema (CASACIÓN N° 1817-2000) el proceso y los actos no son formalismos rígidos o pétreos pues conforme al perfil ideológico de nuestra ley procesal el Juez puede adecuar la exigencia de las formalidades procesal a los fines del proceso.

Para Davis Echandía (1997), son deberes del Juez en el trámite del proceso los siguientes:

- a) El deber de imparcialidad y honestidad;
- b) El deber de abstenerse de actividades extraprocesales incompatibles con la dignidad y la independencia de su cargo;
- c) Deber de utilizar las facultades oficiosas que la Ley le otorga para la mejor marcha y solución del proceso;
- d) Deber de hacer efectiva la intermediación y el impulso procesal;
- e) Deber de resolver dentro de los plazos señalados en la Ley (...);

- f) Deber del juez de responder civilmente por los perjuicios causados por su dolo, sus demoras injustificadas y sus errores inexcusables”

El actuar de la autoridad jurisdiccional dentro de los procesos civiles puestos a su conocimiento, deben ser resueltos y debidamente tramitados conforme a los deberes que menciona Davis Echandía, pues es el juez el llamado a analizar cada una de las pretensiones planteadas y a conocer adecuadamente los procesos iniciados, debiendo actuar en forma eficiente, haciéndose responsable por los perjuicios ocasionados por su dolo, sus demoras injustificadas y sus errores inexcusables.

Es lamentable que, en la praxis judicial, estos deberes u obligaciones no son cumplidos a cabalidad, como si se tratase de un experimento de laboratorio jurídico, en su gran mayoría solo se configuran como ensayos fallidos, inmersos al olvido, y el desasosiego que se esparce y embiste contra los justiciables, contraviene las estipulaciones normativas ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia. Es irracional que pese a la existencia de medios y facultades que pueden conllevar a la correcta aplicación de la ley, estos sean omitidos y no llevados a la práctica.

2.1.4. La Acción

2.1.4.1. Noción

El termino acción por oposición u omisión, tanto en la culpa civil como en el delito penal; se usa el término para determinar la actividad del Estado en cierto sentido, para identificar el derecho que se quiere proteger, seguida a veces del nombre del respectivo derecho material subjetivo, como acción reivindicatoria, acción posesoria, acción contractual o extracontractual, acción de estado civil, etc.; para distinguir, en el derecho comercial, rama de sociedades, a la unidad en que se divide el interés social. La gran variedad de significados y usos del término hace difícil su adecuada comprensión desde el punto de vista rigurosamente procesal; y por eso aun en la doctrina moderna y naturalmente en la legislación y jurisprudencia se le usa tanto para designar conceptos de contenido sustancial, como en los ejemplos. (Devis Echeandia, 1997: 173)

El Estado tiene el poder y derecho de someter a su jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la declaración de un derecho, asimismo, la obligación de actuar mediante su órgano jurisdiccional para la realización o verificación de los derechos. Tiene también el poder y el derecho de someter a su jurisdicción a quienes aparezcan como posibles autores, cómplices o encubridores de ilícitos penales, o representen una situación de peligrosidad social como posible fuente de ilícitos penales, sea actuando sus jueces de oficio o a petición de un particular o de otro funcionario. En materia civil, laboral y contencioso-administrativa esa petición es necesaria para que el Estado ponga en funcionamiento la jurisdicción; de ahí el clásico principio: *nenio iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. (Devis Echeandia, 1997: 174)

Como bien lo asevera Devis Echeandia (1997: 175):

Esa petición, que pone en movimiento la función jurisdiccional del Estado (en su sentido estricto), es el medio para el ejercicio de la acción y se la conoce como demanda (en lo civil laboral o

contencioso-administrativo) y como denuncia o querella (en lo penal); pero debe tenerse cuidado de no confundirlas, porque si bien la acción se ejercita mediante la demanda, en ésta se encuentra también la pretensión, que es el objetivo concreto perseguido por el demandante en cada proceso, y los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen su causa; también en la querella y en algunas denuncias penales, se contiene la acción que pone en movimiento la jurisdicción, y la pretensión punitiva para que se declare la responsabilidad y se aplique una pena o una medida de seguridad; la segunda si se señala a un responsable y se pide que se le aplique la correspondiente sanción o medida de seguridad.

Por su parte, Alvarado Velloso (2011: 86) sostiene que el término acción es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho, pues bien, en la historia del proceso, la acción se ha entendido como actividad y como sinónimo de pretensión y de derecho, lo cual ha generado notable confusión que persiste hasta el día de hoy. Para Devis Echeandía (1997: 189) la acción es el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso.

2.1.4.2. Teorías de la acción

Según el criterio del jurista Devis Echeandía (1997: 175 y ss.) la teoría de la acción los clasifica en dos grandes grupos, y son:

A. Teoría de la acción como elemento del derecho material subjetivo

Ésta es la teoría antigua o clásica, cuya esencia consiste en ligar la idea de acción a la de lesión de un derecho sustancial, por lo que la consideran como “el poder inherente al derecho de reaccionar contra la violación, o el derecho mismo en su tendencia a la actuación”. La acción no es, pues, cosa distinta del derecho material subjetivo violado; es el *ius perseguendi in iudicio*, de la doctrina romana. El derecho moderno concibe la acción como el

derecho a obtener justicia, dirigido al Estado, a través del juez, no al adversario.

B. Teorías de la acción como autónoma e independiente

Ante las repetidas críticas se llegó, indefectiblemente, al abandono de la doctrina clásica, y la mayoría de los procesalistas, desde finales del siglo pasado, consideran la acción como independiente del derecho sustancial subjetivo, no sólo por ser algo distinto de él, sino porque su presencia no requiere la existencia de aquél, ni su violación; esta postura es unánime en la doctrina moderna. Empero, no se detuvo allí la discusión, ya que quedó por resolver el problema de la naturaleza, del fin y del fundamento de la acción. A este respecto ha existido una evolución que va desde los autores alemanes de mediados del siglo XIX hasta las obras de Chiovenda, Carnelutti, Rocco y otros procesalistas contemporáneos. No en su orden histórico riguroso, sino de progreso hacia la concepción verdadera, podemos considerar como principales doctrinas las siguientes:

a. Teoría de la acción como facultad del derecho de la personalidad.

La acción viene a ser la facultad, emanada del derecho a la integridad de la propia personalidad o derecho a la libertad, que toda persona tiene de dar vida a la demanda judicial dirigida contra el adversario y que produce el efecto de colocar a éste en la situación jurídica que con ella se origina, de la que nacen a su vez relaciones procesales, pero únicamente entre las partes. El Estado no es sujeto de esas relaciones y el proceso viene a ser una lucha entre las partes únicamente. El Estado se limita a darles valor a los actos de las partes. Por otra parte, al excluir al Estado o el juez como

sujeto de la acción, convierte al demandado en su sujeto pasivo y de esa manera se regresa por ese aspecto a la doctrina clásica, se desvirtúa el concepto de jurisdicción y de proceso ya estudiado, y se convierte el proceso en una etapa de la autodefensa o defensa privada, con lo cual se desconoce su esencia de derecho público y de actividad jurisdiccional del Estado para fines públicos de interés general. (Devis Echeandia, 1997: 176-177)

b. Teoría de la acción como derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado por sentencia favorable.

Esta teoría contiene ya un avance muy importante, pues en ella, la acción es un derecho independiente, autónomo y anterior al proceso. En esta forma quedaron las premisas para la moderna doctrina, que en este punto es unánime. Aquí la acción es un derecho concreto cuyo objeto es obtener una sentencia favorable, es fuerza concluir que no puede existir sino para la parte que tiene el derecho pretendido. Ahora bien, al condicionar la acción a la sentencia favorable se llega a concluir, que al negar el juez las pretensiones del actor o sea el derecho pretendido, está negando su acción, lo que viene a ser inexacto, porque tan cierto es que la acción le corresponde a pesar de las pretensiones, que merced a ella se produjo el proceso y se adelantó hasta el fin o la sentencia. (Devis Echeandia, 1997: 178)

c. Teoría de la acción como derecho concreto, autónomo, potestativo y privado

Conforme a lo sostenido por Chiovenda, la ley concede, en muchos casos, a una persona el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste. De estas facultades, unas se ejercen directamente por la persona y otras sólo mediante la necesaria intervención del juez. Esas facultades no son puramente ideales, sino creadas y concedidas por la ley. Se trata de derechos que se traducen en un poder jurídico, y por esto, se oponen tanto a los derechos reales como a los personales. Pues bien, la acción es uno de esos derechos potestativos, donde la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. (Devis Echeandia, 1997: 178)

d. Teoría del derecho subjetivo procesal, abstracto y público, para el cumplimiento del proceso

Esta teoría, enunciada por Francisco Carnelutti, constituye un trascendental avance y un gran esfuerzo jurídico para darle a la acción una estructura sólida y científica (Devis Echeandia, 1997: 179-180) . Consta de las siguientes proposiciones:

- ✓ La acción constituye, un derecho autónomo y anterior al proceso, pero un derecho subjetivo procesal abstracto, porque no persigue la sentencia favorable, sino que haya un proceso en el cual se resuelva sobre las pretensiones del demandante.
- ✓ El interés que la acción protege no es el interés que se halla en litigio, sino el interés de que el litigio tenga una justa composición. Es aquí donde surge la diferencia entre el derecho subjetivo material y la acción. Por eso es la acción un derecho público, subjetivo, que persigue

un fin público, en interés público, al paso que el derecho que causa el interés radicado en el litigio es privado.

- ✓ Para que el particular tenga la acción debe gozar de cierta idoneidad, la que resulta de una especial situación respecto al litigio. Pero no se trata de que sea el titular del derecho subjetivo material, porque bien puede tener la acción sin que este derecho le corresponda, sino del interés en la composición del litigio.
- ✓ La acción es un derecho subjetivo procesal, porque impone al juez una obligación procesal: la de proveer, que es completamente diferente de la obligación sustancial del demandado y que se afirma en la demanda. Esta obligación procesal, que es el contenido de la acción, se satisface con el proceso, esto es, con su realización cualquiera que sea el resultado para el actor, y tiene existencia, sin que para ello, se tenga en cuenta si el actor tiene o no un derecho sustancial correlativo.
- ✓ Sujeto pasivo de la acción es, por lo tanto, el juez o la oficina judicial ante quien se presenta la demanda.
- ✓ Esta obligación del juez consiste, como es lógico, únicamente en proveer, pero no necesariamente de manera favorable, al actor; es decir, que la acción le exige al juez proveer, pero no le fija cómo debe hacerlo.
- ✓ La acción no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público y más exactamente forma parte de los derechos cívicos.

2.1.4.3. Elementos de la acción

Se conforma por, los sujetos, objeto y causa, los cuales son identificados como las acciones en las diferentes pretensiones (Vescovi, 2006: 70-71); y es como se detalla:

- a. Los sujetos, constituyen un elemento subjetivo de la pretensión y son parte del proceso, sujetos de la relación jurídico material debatida dentro del proceso.
- b. La pretensión lo que objeta el actor de la acción, lo que desea alcanzar con la sentencia, el cumplimiento de una obligación.
- c. La causa o fundamento jurídico de la pretensión, la razón lo que le da el sentido al proceso, la investigación de lo sucedido y porque es necesario para el actor y el demandado.

2.1.4.4. La acción procesal

2.1.4.4.1. Concepto

Las definiciones que se han dado acerca de la acción, solo limitan a fotografiar el fenómeno en un momento; para la mayoría la acción es un derecho subjetivo, público y autónomo, mediante el cual se requiere la necesaria intervención del Estado para la protección de una pretensión jurídica o para lograr la tutela del derecho objetivo, parece claro que el fenómeno descrito está fotografiado y no definido. (Alvarado Velloso, 2011: 91)

Bajo ese argumento el jurista Alvarado Velloso (2011: 91-92) asevera:

- ✓ Es cierto que la acción es un derecho subjetivo (pero no el único), de carácter público (pero no el único) y de naturaleza autónoma de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar, por ejemplo, también es subjetivo, público y autónomo

y nada tiene que ver con la acción procesal. De tal modo, se emplean en la "definición" tres adjetivaciones que, por sí mismas, no definen inconfundiblemente el derecho de acción; para intentar lograr ello, habrá que continuar el análisis de la fórmula propuesta;

- ✓ Es cierto que mediante la acción se requiere la intervención del Estado; pero ello no es ni remotamente necesario: ya se ha visto que los litigios pueden auto-componerse y, aún más, hetero-componerse por la vía del arbitraje privado. Y en el desarrollo de todo ello nada tiene que ver el Estado, lo cual hace que la definición tampoco muestre inconfundiblemente a la acción procesal;
- ✓ Es cierto que mediante la acción se intenta lograr la protección de una pretensión jurídica o de obtener la tutela del derecho objetivo; pero esto tampoco muestra inconfundiblemente el fenómeno, pues en la mayoría de los casos el derecho opera espontáneamente por consenso tácito de los coasociados quienes, además y llegado el caso, pueden auto-tutelarlos o auto-componer el conflicto por las vías conciliatorias que se muestran como resultado y como medio.

2.1.4.4.2. Requisitos

Según Alvarado Velloso (2011: 93) son las condiciones actuales con el momento del ejercicio de la acción por parte del actor y que el juez, debe valorar en su eficacia a fin de conceder o no su objeto para admitir la formación de un proceso. Entre ellos tenemos

- ✓ ***Legitimidad para obrar:*** Se refiere a que los sujetos involucrados en el proceso, son los que corresponden a la relación jurídica sustantiva que dio origen al conflicto. Su

ausencia determina la improcedencia de la demanda (CPC, 427, 1º).

- ✓ **Interés para obrar:** Se refiere a la necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional para resolver el problema. Su ausencia determina la improcedencia de la demanda (CPC, 427, 2º).
- ✓ **Contenido jurídico o voluntad de la ley:** Referida a que la pretensión planteada tenga trascendencia jurídica o amparo por el Derecho, esto implica que el derecho no se haya perdido por el transcurso del tiempo. Su ausencia determina la improcedencia de la demanda (CPC, 427, 3º y 6º).
- ✓ **Capacidad de las partes:** Se refiere no solo a quienes ostentan capacidad de goce o civil, sino a quienes tienen aptitud para comparecer al proceso vil, sino a quienes tienen aptitud para comparecer al proceso (CPC, 58)
- ✓ **Competencia del juez:** La autoridad judicial debe tener el poder o calidad suficiente para conocer y resolver el proceso (CPC, 446).
- ✓ **Requisitos de la demanda** (CPC, 424, 425 y 130).

A. La existencia de posibilidad de accionar

Para que el ejercicio de la acción, pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro). En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible de imaginar. No obstante, existen otra respecto de las cuales la ley no autoriza, ello ocurre esporádicamente cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro (Alvarado

Velloso, 2011: 94). Aquí algunos supuestos en la actual vida forense:

- ✓ Cuando resulta manifiesta la carencia total de contenido jurídico de la pretensión (basada exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho);
- ✓ Cuando surge evidentemente de la pretensión que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de ser resuelto (caso abstracto) y
- ✓ Cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos actos de gobierno que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etc.)

B. La ausencia de caducidad del derecho de accionar

Se autoriza el ejercicio de accionar pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su caducidad. Esto en el lenguaje jurídico: técnicamente significa pérdida del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo. (Alvarado Velloso, 2011: 95)

C. La capacidad jurídica del actor

El problema de la capacidad no es particular de una rama del derecho sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica. Esto es un requisito indispensable en el campo del

proceso, toda vez que en él pueden actuar como partes todos los incapaces civiles e, inclusive, entes que no son personas.

Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales todas las personas (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Empero, aunque conforme con la ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser partes del proceso (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar. Sin embargo, debe tenerse presente que acción es actividad y que ella no se concreta a la iniciación del proceso sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado. (Alvarado Velloso, 2011: 95-96)

D. La adecuada investidura de la autoridad

El último presupuesto de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso. Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso. Este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presente una demanda en sede judicial o arbitral. (Alvarado Velloso, 2011: 96-97)

2.1.4.5. La reacción procesal

2.1.4.5.1. El concepto de reacción procesal

Al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es necesariamente bilateral, pues bien, el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: ambas instan bilateralmente. De allí que ambas actividades –*la del actor y la del demandado*– se diferencien sólo por el tiempo sucesivo en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra. (Alvarado Velloso, 2011: 97)

2.1.4.5.2. La reacción del demandado civil

El proceso inicia con el ejercicio de la acción, el actor presenta ante la autoridad (juez o árbitro) una demanda conteniendo una pretensión respecto del demandado. La fase siguiente está concebida como de eventual negación y, como tal, es apta para que el demandado resista dicha pretensión, oponiéndose a ella. Resulta así que, siempre desde la óptica de la actividad (o inactividad) que se cumple en el proceso, el demandado puede adoptar alguna de cuatro posibles actitudes: de abstención, de sumisión, de oposición y de reconvención. (Alvarado Velloso, 2011: 97)

A. La abstención del demandado

Como bien lo refiere Alvarado Velloso (2011: 98-99)

Puede suceder que el demandado no concurra al proceso, porque no ha conocido su iniciación o, más sencillamente, porque no le interesa sostener la discusión propuesta por el actor. Puede ocurrir también que, luego de concurrir al proceso cuando el juez lo cita a comparecer ante él, guarde silencio en la fase de negación, durante la cual debe expresarse so pena de surgir algún efecto contrario a su posición en el litigio (las consecuencias de este supuesto son similares a las del anterior). De ahí que las leyes procesales, al regular los efectos de la inactividad de alguna de las partes, deban establecer cuál es el valor del silencio en el campo del proceso.

En el ordenamiento material peruano (Código Civil, 142) se encuentra normado el silencio: “*el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado*”. En este sentido, el guardar silencio cuando el juez, le asigna al demandado la carga de contestar (*fase de negación*), es obvio que debe producir algún efecto contrario al interés de éste porque, caso contrario, el proceso sería absolutamente inútil como medio de debate. Empero, en la abstención se muestra desinterés por el debate, aun con el riesgo de ser condenado en la sentencia, el rebelde o el contumaz. (CPC, 458).

Adviértase que la aceptación refiere sólo a los hechos, nunca al derecho, toda vez que éste debe ser aplicado por el juez con prescindencia de la voluntad de las partes, salvo cuando se trata de litigio sobre derechos transigibles (...) si en los términos generalizados de las leyes sólo deben ser materia de confirmación los hechos controvertidos o contradichos (es decir, los afirmados en la demanda y negados en la contestación) resulta que si el demandado se abstiene –no responde– y su silencio carece de efectos adversos a su propio interés, el actor deberá confirmar todo lo que afirmó. El CPCs entendía que el silencio del demandado equivalía a negación. El demandado tendría que haber aceptado expresamente los hechos para que tuviera los efectos que hoy se le otorgan a esta figura procesal. El CPC resume esta postura al señalar que el que siendo válidamente notificado y habiendo transcurrido el plazo para contestar la demanda, no lo hace, se le declarará rebelde. Esto trae como consecuencia *la fictio confessio*, que se traduce en una presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. (Alvarado Velloso, 2011: 99-100)

B. La sumisión del demandado

Para Alvarado Velloso (2011)

Puede suceder también que, incoado un proceso, el demandado decida someterse a la pretensión del actor, efectuando la prestación reclamada por éste en la demanda. Esta actitud implica no oponer resistencia alguna en el litigio, aunque cabe suponer que ella existió en el plano de la

realidad, pues de otra forma no puede ser explicada la existencia del conflicto. De ahí que el proceso en el cual esto ocurre debe terminar de inmediato, toda vez que nada hay para discutir en lo que sólo es un medio de debate. Se llega así a una de las soluciones auto-compositivas estudiadas con anterioridad. Procesalmente, la sumisión del demandado se designa con la denominación de allanamiento que, como tal, es realizable en cualquier momento del proceso. Pero para que éste pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea disponible (transigible) para las partes. De ahí que no pueda aceptarse judicialmente *—y por ende, carece de todo efecto—* el allanamiento recaído respecto de pretensión fundada en derecho indisponible. Por ejemplo, si el actor pretende la declaración de nulidad de un matrimonio, poco importa que el cónyuge demandado se allane o no, pues siempre deberá el actor acreditar ante el juez los hechos que fundamentan la pretensión. (100-101)

En consecuencia, la actitud de sumisión en el proceso importa siempre la voluntad de no litigar. En el Perú se reconocen dos formas de sumisión del demandado: el allanamiento y el reconocimiento (CPC, 330).

C. La oposición del demandado

En este escenario, el demandado puede efectuar resistencia a la pretensión demandada, oponiéndose en el proceso a aceptarla. Esto origina el desarrollo de toda la serie procedimental y, de no mediar una solución auto-compositiva durante su curso, desembocará en la sentencia que resolverá el litigio. (Alvarado Velloso, 2011: 101)

Según Alvarado Velloso (2011: 101) la oposición debe operar en la fase de negación del proceso y puede presentarse de dos maneras:

1. Contradiendo los argumentos fundantes de la pretensión, mediante la simple negativa acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya

- prestación pretende el actor o del derecho en la cual la fundamenta (esto es la contestación de demanda) y
2. Mediante la afirmación de un hecho extintivo, *impeditivo invalidativo* o *convalidativo* (oportunamente se explicará todo ello del hecho *constitutivo* o *invalidativo* invocado por el actor en su demanda (esto es la oposición de excepciones).

a. La contradicción del demandado

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando resistencia a acatar la pretensión del actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico (CPC, 442).

Debe efectuarse necesariamente en la fase procesal de negación que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley, luego de que el juez coloca al demandado en la carga de contestar (confiriéndole traslado de la demanda). (Alvarado Velloso, 2011: 102)

b. La excepción del demandado

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando al igual que antes una resistencia a acatar la pretensión del actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* o *convalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda o impeditivo de la formación o continuación de la serie procesal (CPC, 446). En otros terminos, se le da al término excepción el significado de derecho de réplica al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica, la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes (Alvarado Velloso, 2011: 103):

1. Según su origen, en materiales (tienen su origen en la legislación de fondo) y procesales (lo hallan en la propia legislación procesal);
2. Según sus efectos, en perentorias (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor, dilatorias (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión y mixtas: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

2.1.4.6. Presupuestos Procesales

Según lo dicho por Monroy Gálvez (1996) los presupuestos procesales son los requisitos esenciales para la existencia de una relación jurídica procesal válida. Sin embargo, debe cuidarse que estos presupuestos se encuentren en el marco del debido proceso, que es la puerta de ingreso a las garantías que sustentan la en realidad la actividad procesal, si ello no fuere así nos encontraríamos ante la falta o defecto de un presupuesto procesal, con ello, no significa que no hay actividad procesal, sino que la ejecución de ésta se encuentra viciada, no solo porque dice o se afecta en lo que respecta a la norma procedimental sino además a la norma garantía constitucional.

La existencia de las partes dentro de un proceso, no es un razonamiento suficientemente evolucionado para creer que es su razón de ser, más bien, la existencia presencial de aquellas reside en la

originalidad de un conflicto o incertidumbre jurídica, puesto que, es el móvil que daría lugar a la configuración de la actividad jurisdiccional; en consecuencia, uno de los primeros presupuestos corresponde a la existencia de partes en un determinado proceso, son los protagonistas que impulsan el modelo procesal civil y hacen realidad la obtención de un resultado por la conjunción sistematizada y ordenada de actos procesales. Asimismo, de los diversos principios que confluye el Código Procesal Civil, el de economía procesal constituye una garantía a través del cual viabiliza la acumulación de dos o más pretensiones o sujetos en el proceso. Debe tenerse en cuenta que, el modelo sistemático del proceso civil peruano propone la factibilidad de que la participación de las partes sea libre; no obstante, su posición no asegura la consecuencia procesal regulada por ley, relativo a la rebeldía, toda vez que dicho hecho jurídico ocasionaría su omisión participativa dentro del proceso.

Artículo 83.- Pluralidad de pretensiones y personas.

En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

Ahora bien, de conformidad a lo explicado precedentemente, debe precisarse que su soporte legal se encuentra regulado en el Código Procesal Civil, cuyos artículos son el 87°, 88° y 89°, al respecto, la acumulación objetiva y subjetiva pueden ser originaria o sucesiva, la misma que será determinada de cumplir con lo establecido en la normatividad antes mencionada, para lo cual los justiciables y los que forman parte de un proceso realizarán una evaluación meticulosa a los preceptos antes citados, para no caer en error al exponer una o más pretensiones en la demanda correspondiente. Se infiere que la pluralidad de sujetos, relacionado directamente con el supuesto de representación procesal, esta atribuye a un tercero su participación en un determinado proceso, la misma que será realizada bajo los

parámetros normativos del código adjetivo, regulada explícitamente en el artículo 63° al 66° de la misma. Es decir, la pluralidad de las personas se encuentra amparada normativamente y no es un hecho que se configura tan solo por la voluntad de la persona dependiendo del proceso que se realizara.

Quien ejercita la acción y lo viabiliza a través de una demanda; el cual corresponde el tránsito entre tutela judicial abstracta y tutela judicial concreta, debe cumplir con un conjunto de requisitos al momento de su interposición. Algunos de estos requisitos refiriéndonos en el estadio de la tutela judicial concreta son de forma y regularmente consisten en la obligación de acompañar anexos a la demanda o acompañar a ésta de algunas formalidades que la hagan viable (Galindo Vácha, 2003: 56).

Al respecto, el artículo 2 del CPC, dice lo siguiente:

Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica. Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción. (Puppio, 2008: 155)

La acción es aquella facultad subjetiva, voluntaria, autónoma y pública que ejerce cualquier persona, facultándola a exigir ante el Estado tutela jurisdiccional; en efecto, el derecho a la tutela jurisdiccional está previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, donde las personas pretende alcanzar la justicia a través de un proceso con las garantías mínimas en un conflicto de intereses.

De lo expuesto, cabe indicar que la acción procesal, elemento que forma parte de la jurisdicción, es la facultad que tiene todo sujeto para exigir la finalización de la vulneración de su derecho ante el Estado, que estará cargo de su representante, el juez *–quien administra justicia–*.

Por otra parte, los presupuestos procesales son requisitos indispensables, tanto de orden material y de orden formal, que generan una relación jurídica procesal válida con la finalidad concreta de que exista un proceso válido, sin vicios, omisiones ni nulidades.

La competencia es uno de los presupuestos procesales, conforme al artículo 5° del Código Procesal Civil; cabe añadir que su funcionalismo es correspondencia de los órganos jurisdiccionales, de manera que habrá consonancia con los artículos 9° y 10, la competencia por razón de materia, es la relación directa con el tipo de pretensión o naturaleza de la misma; y por razón de cuantía, vinculada a la relación del monto pecuniario que se solicite o se pretenda y sea otorgado. Otro de los presupuestos procesales, no menos importantes, es la capacidad procesal, entendida como aquella aptitud del sujeto activo (demandante) para ejercer la titularidad jurídica y dar inicio a un proceso judicial, a través de un primer acto procesal –la demanda–, por consiguiente, dicho acto procesal recaerá sobre el sujeto pasivo o parte contraria (demandada), dando lugar a una relación jurídica procesal válida, la misma que debe ser cumplida bajo los parámetros normativos, el Código Procesal Civil.

Los presupuestos procesales son los elementos básicos para la existencia de una relación jurídica procesal válida; empero, existen otros elementos relevantes para el desarrollo normal del proceso, como por ejemplo de las condiciones de la acción (Benabentos, 1996: 80). Cabe precisar que el derecho de acción es un término ligado directamente a los sujetos, facultad consustancial de ellos, para que puedan exigir la intervención del Estado ante la amenaza o vulneración de un derecho particular; la acción es el primer acto procesal postulatorio que se materializa con la interposición de la demanda.

La capacidad para ser parte del proceso, difiere mucho que la capacidad procesal. Este concepto, el de parte, hay que individualizarlo (Alessandri, Vodanovic, Somarriva, 1999: 592). Es parte procesal, de conformidad a lo regula en los artículos 57° al 82° del Código Procesal Civil, toda persona que puede ser integrante material de un determinado proceso conferido con las atribuciones normadas y/o establecidas en la norma del código adjetivo. Es preciso resaltar que este concepto está ligado a la posición que se tiene respecto de la pretensión material, que se busca alcanzar con el fin de resolver una controversia y otorgar a cada parte lo que le corresponde; de igual modo, es preciso señalar que acorde a lo establecido en la misma norma, se le atribuirá la intervención como parte procesal al Ministerio Público, como ocurre en los procesos judiciales sobre divorcio por causal.

Por consiguiente, los presupuestos procesales permitirían una relación jurídica procesal válida, ellos no consolidan la certeza o garantizan que el juzgador emita un fallo motivado sobre el asunto judicializado, es decir, pronunciarse sobre la pretensión en concreto. Queda por aclarar que resulta posible el cumplimiento cabal de las condiciones que reúnen la acción, habida cuenta que son aquellos requisitos procesales estimulatorios para el Juez en la etapa final del pronunciamiento judicial.

En la práctica judicial, la etapa postulatoria del proceso comprende la secuencia más compleja de actos procesales, es por ello que la demanda es la acción originaria o fecundizante del proceso, que consecuentemente a través del auto admisorio expedido por el juez, este habrá determinado el cumplimiento de las condiciones de la acción, las cuales se encuentran reconocidas doctrinariamente: la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimidad para obrar. Ello

significa que el juez, al advertir la omisión o defecto, desde el inicio del proceso preverá emitir una sentencia en la cual no puede pronunciarse sobre la causa litigiosa y, asimismo, de aquí la resolución que declara admitida la demanda debe describir específicamente la condición de la acción omitida o defectuosa que determino el impedimento de la pretensión del interesado, para que si la vigencia del derecho material se lo permite, intente un nuevo proceso.

Al llegar a este punto, existe la posibilidad que en la práctica judicial el juez expida un fallo, pese a que no se consideró pertinentemente el cumplimiento de lo expuesto líneas arriba, lo cual colegiría que se haya adoptado una decisión invalida, que podrá ser declarada antes de su ejecución, tornándose en inútil todo lo actuado.

De lo que llevo dicho, es una formulación errada que la voluntad de la ley es una condición de la acción. En razón de que este concepto infiere al apego de que toda pretensión procesal tenga sustento en un derecho que, a su vez, tenga amparo en el ordenamiento jurídico. Lo cual significaría que la voluntad de la ley se reduce a la necesidad de ubicar una norma en el derecho positivo que asegure la pretensión. A criterio personal, la voluntad de la ley más que una condición de la acción, es un elemento intrínseco al proceso, es la exigencia que la pretensión procesal sea a su vez pretensión jurídica, es decir, un caso netamente justiciable.

Habría que decir también, que están directamente ligados a la configuración de la acción, los puntos controvertidos deben ser fijados en aras de que las pretensiones procesales sean debidamente analizadas y se emita una sentencia conforme a los fundamentos de derecho y de hecho esgrimidos por las partes, para que no se dé lugar a la violación del principio de congruencia, esto es resolver conforme a lo petitionado.

En suma, la acción es el derecho que toda persona puede ejercer para lograr tutela jurisdiccional efectiva, derecho que es materializado a través de la demanda; asimismo, en relación directa con dicho derecho, existe el derecho de contradicción, que a la postre su formulación acarrea una colisión de posturas que dinamiza el proceso civil.

2.1.4.7. La acción y el derecho a la contradicción

La tutela jurisdiccional resulta ser aquella facultad inherente al juzgador por mandato constitucional, la cual tendrá como finalidad la resolución de un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Este derecho se caracteriza por ser público, subjetivo, abstracto y autónomo. Es público porque como todo derecho tiene un receptor u obligado cuando se le ejercita; donde el sujeto pasivo del derecho de acción es el Estado, hacia él se dirige el derecho, desde que su ejercicio no es nada más que la exigencia de tutela jurisdiccional para un caso específico. Es subjetivo porque se encuentra permanentemente presente en todo sujeto de derecho por la sola razón de serlo, con absoluta relevancia de si está en condiciones de hacerlo efectivo, exagerando la tesis podríamos decir que un concebido tiene derecho de acción, con prescindencia de su aptitud para ejercitarlo. (Monroy Gálvez, 1996: 136). Sin embargo, Juan Montero Aroca (199: 144) sostiene, que puede entenderse que el derecho de acción y el derecho de contradicción son expresiones del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque posiblemente sea más claro sostener que el derecho de acción, en tanto que derecho a la tutela judicial, es bilateral, esto es, corresponde tanto a quien pide como a quien contra se pide, es decir, tanto al demandante como al demandado.

Para el profesor Víctor Raúl Mansilla Novella (1996: 18) el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho genérico o general que

comprende hasta tres categorías de derechos específicos: el derecho de acción, que corresponde al actor o demandante, el derecho de contradicción, que corresponde al emplazado o demandado, y el derecho al debido proceso, que corresponde a todo justiciable para actuar en un proceso justo e imparcial, ante un Juez competente, responsable, independiente, con mínimo de garantías. En esta misma posición de la existencia de una relación de especie a género entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional se encuentra Víctor Ticona Postigo (1994 diciembre: 55). Tanto en derecho de acción como el de contradicción se encuentran regulados por el Código Procesal Civil en sus artículos 2º y 3º.

Artículo 2.- Ejercicio y alcances.

Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

Artículo 3.- Regulación de los derechos de acción y contradicción.

Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código.

Por su parte, Davis Echeandia (1997: 205) refiere que la relación de jurisdicción contenciosa es doble: relación de acción (entre demandante, denunciante o querellante y parte civil, y Estado) y relación de contradicción (entre demandante e imputado o procesado y Estado). No existe ninguna diferencia procesal entre ellas, puesto que se trata, como observa Rocco, de *un diverso aspecto del derecho de acción*. El derecho de contradicción, al igual que el de acción, pertenece a toda persona natural o jurídica por el solo hecho de ser demandada, y se identifica con el derecho de defensa frente a las pretensiones del demandante. Pero se fundamenta en un interés general, como el que justifica la acción, porque no sólo mira a la defensa del demandado y a la

protección de sus derechos sometidos al proceso, sino que principalmente contempla el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y derechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo.

2.1.4.7.1. Objeto y fin del derecho a la contradicción

El derecho de contradicción es una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera que sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas. El resultado a que se llegue en la sentencia no depende ya del derecho de acción o de contradicción, sino del derecho material pretendido por el demandante y de las excepciones que se le opongan o de la suerte de la imputación penal, y en ambos casos de las pruebas que se alleguen al proceso. En cuanto al fin que con él se persigue es, por una parte, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos. (Davis Echeandia, 1997: 206)

2.1.4.7.2. Naturaleza del derecho a la contradicción

El derecho de contradicción existe desde el momento en que es admitida por el juez la demanda contenciosa, independientemente no sólo de la razón o sinrazón que acompañe la pretensión del demandante, sino de que el demandado se oponga o no a aquélla y proponga o no excepciones y de la seriedad de éstas, o desde el momento en que contra una persona surge en la investigación penal sumaria o previa una imputación, fundada o infundada. El derecho de contradicción tiene, pues, un origen constitucional y se

basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal: el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual se va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales; el de la contradicción o audiencia bilateral; el de la impugnación y el del respeto a la libertad individual. (Davis Echeandia, 1997: 20-208)

Según Davis Echeandia (1997: 205) afirma:

Pero tener el derecho de contradicción no significa que necesariamente el demandado intervenga efectivamente en el proceso para controvertir las pretensiones del demandante, o sea, para oponerse a ellas, y menos aún que necesariamente formule excepciones o alegue hechos contra ellas, para paralizarlas o desvirtuarlas. Basta tener la oportunidad de ser oído en el proceso, si se tiene la voluntad de hacerse oír, para poder defenderse, alegar, pedir y hacer practicar pruebas, interponer los recursos que la ley procesal consagre y obtener mediante el proceso la sentencia que resuelva favorable o desfavorablemente su situación, pero justa y legalmente. (p. 208)

2.1.4.7.3. Sujetos del derecho a la contradicción

Davis Echeandia (1997: 208-209) refiere:

El demandado y el imputado o procesado son sujetos pasivos de la pretensión, pero también son sujetos activos de su derecho de contradicción (cuyo sujeto pasivo es el Estado, representado por el juez, como sucede en el derecho de acción) y son sujetos de la relación jurídica procesal al lado del demandante en lo civil, laboral y contencioso-administrativo y en materia penal, del ministerio público o fiscal que según disponga la respectiva ley procesal penal deban ser partes tanto en el sumario y la investigación previa, como en el verdadero proceso o juicio. La oposición e incompatibilidad que algunos autores creen ver entre acción y contradicción, existe únicamente entre la pretensión del demandante y la excepción del demandado, e igualmente entre las imputaciones penales y las pretensiones de la parte civil por un lado, y la oposición del sindicado o imputado, sea que ésta consista en la simple resistencia negativa a aquélla o en una conducta activa por la formulación de alegaciones y hechos que traten de desvirtuarla y la petición de pruebas favorables. El derecho de contradicción existirá, aunque el demandado o imputado acepte la pretensión o imputación.

2.1.4.7.4. Diferencias entre derecho de contradicción, oposición y excepción

Según Davis Echeandia (1997: 209) la diferencia estriba en:

La defensa y excepciones que puede formular el demandado son manifestaciones de su petición de una sentencia favorable, y puede formular ambas gracias a su derecho de contradicción, sin que ello signifique que se identifiquen con éste. Lo mismo ocurre en el proceso penal con las defensas del imputado y del procesado. No hay que confundir el derecho de contradicción (la causa) con la oposición y las excepciones (el efecto). Aquél existe siempre, aunque no se formulen éstas. La oposición a la demanda o la imputación penal es concreta y persigue que ésta sea desestimada, como es obvio, y busca, por lo tanto, una sentencia favorable. El derecho de contradicción persigue el ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal lo que corresponda a ese litigio. La oposición es una de las maneras cómo puede el demandado ejercitar su derecho de contradicción, porque bien puede abstenerse de toda oposición, sea guardando silencio o aceptando la demanda. Y la excepción es a su vez una de las maneras como puede ser formulada la oposición.

2.1.4.7.5. Diversas maneras de ejercitar el derecho de contradicción

El derecho de contradicción se satisface plenamente desde el momento en que al demandado se le cita al proceso, y se le da oportunidad de defenderse, aunque para ello no es necesario que asuma una actitud de resistencia u oposición a la demanda, ni que concurra a hacer valer sus defensas y excepciones, porque esto mira ya a las diversas maneras como ese derecho puede ser ejercitado. Para Davis Echeandia (1997: 210-211) el demandado pueden asumir diversas actitudes en el ejercicio de su derecho de contradicción, y es como se detalla:

- a) **Una meramente negativa**, de espectador del proceso, sin comparecer ni contestar la demanda o sin rendir indagatoria ni designar apoderado que lo defienda, no obstante habersele citado o emplazado en debida forma.

- b) **Otra pasiva**, cuando el demandado interviene en el proceso y contesta la demanda pero sin asumir una actitud en favor ni en contra de las pretensiones del demandante (como cuando manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se pruebe y la ley determine, sin plantear defensas ni alegar pruebas).
- c) **Una de expresa aceptación de las pretensiones del actor**, o sea de allanamiento a la demanda al contestarla, lo que puede ocurrir cuando el efecto jurídico-material perseguido por el demandante no se puede conseguir por un acto de voluntad del demandado, razón por la cual el proceso es necesario, no obstante la ausencia de oposición, como en los casos de estado civil de las personas, y cuando opuso resistencia al derecho de aquél haciendo necesaria la demanda, pero en vista de ésta resuelve aceptarlo para evitar una condena en perjuicio.
- d) **Una de oposición y defensa relativa**, como cuando el demandado interviene y contesta la demanda para negar el derecho material del actor y los hechos en donde pretende deducirlo o exigirle su prueba, o para negarle su legitimación en causa o su interés sustancial o cuando posteriormente asume esta conducta si se abstuvo de contestarla, y solicita pruebas con ese fin, pero sin oponerle otros hechos que conduzcan a paralizar o destruir la pretensión, en cuyo caso hay defensa y oposición, pero no propone excepciones.
- e) **Una más activa de oposición positiva**, que se presenta cuando el demandado no se limita a esas negociaciones, sino que lleva el debate a un terreno distinto mediante la alegación y prueba de otros hechos que conducen a desvirtuar la pretensión del demandante, sea temporalmente o para ese proceso (sin que impidan plantearla en otro posteriormente, por no conducir a sentencia con valor de cosa

juzgada) o bien de manera definitiva, total o parcialmente, en forma que la sentencia produzca efectos de cosa juzgada (excepciones definitivas de fondo y propiamente perentorias).

- f) **Una similar a la anterior, de positiva defensa pero enderezada a atacar el procedimiento por vicios de forma** para suspenderlo o mejorarlo, como cuando alega la falta de algún presupuesto procesal (competencia, capacidad, etc.), sea proponiendo excepciones previas en el proceso civil, o reclamando la nulidad de lo actuado.
- g) **Contrademandado mediante reconvencción**, para formular pretensiones propias contra el demandante, relacionadas con las de éste o con las excepciones que le opone (en los procesos civiles y laborales).

2.2. La Prueba

2.2.1. Noción

Alcalá – Zamora y Castillo concibe a la prueba como el

(...) conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta (Gaceta Jurídica, 2015: 41)

El alusión a la aseveración efectuada por el autor, cabe indicar que existe diferencia entre prueba y medio de prueba, términos que han suscitado tendencias ambiguas; es decir, la prueba es entendida como las razones que conducen al juez a adquirir certeza sobre un determinado hecho y los medios probatorios son aquellos instrumentos que emplean las partes intervinientes en un proceso u ordena el magistrado (prueba de oficio) de los que se generan tales razones.

Enfatizando lo aseverado, se considera conveniente realizar un análisis de todos los instrumentos presentados por las partes, a fin de determinar su utilizados para la generación de convicción en el juez, siendo necesario su realización en forma preliminar, con el propósito de aportar al proceso eficiencia en la solución de los conflictos generados. Al respecto el artículo 188° del Código Procesal Civil, señala que los medios probatorios tienen la finalidad de acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Para una mejor comprensión de la prueba se tiene a bien desarrollar estos ítems.

A. ¿Qué es la prueba?

Sentis Melendo (citado por Abel Lluch, 2007: 19) que la prueba no consiste en averiguar sino en verificar. En tal sentido, se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto. Ahora bien, si la función de la prueba es alcanzar la verdad (procesal o material) u otra distinta (Ferrer Beltrán, 2002: 82), en términos similares se han pronunciado Montero Aroca (2002: 38) al señalar que “la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes”, y Muñoz Sabaté (2001: 41) quien sostiene que “la investigación no es prueba” y que “la prueba es verificación de una afirmación”.

Para Abel Lluch (2007: 20-21) la prueba implica:

El juez no averigua los hechos sometidos a controversia, sino que verifica los hechos aportados por las partes para reconstruir la pequeña historia del proceso. Averiguar los hechos y aportarlos al proceso es carga de las partes, verificar los hechos ya aportados al proceso es deber del juez. La actividad probatoria, por ende, varía atendiendo al

reparto entre las cargas de las partes y los deberes del juez. Para la parte *probar* se traduce en la carga de indagar, buscar, investigar; mientras que para el juez *probar* consiste en el deber de verificar, comprobar, tener por cierto.

Por nuestra parte, la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.

La prueba, en sentido amplio, es entendida como aquel medio útil dar a conocer algún hecho o circunstancia; a través de ella, el Juez adquiere el conocimiento de la realidad y no de las afirmaciones de las partes que bien pueden ser expresadas sin que estén acompañadas de prueba alguna que las sustente. Desde una postura subjetiva, la prueba se conceptualiza atendiendo a las consideraciones sobre su resultado como el convencimiento o certeza generada con ella en el magistrado de la verdad de los hechos que se exponen en juicio. En consecuencia, se asegura que un hecho está probado al haber quedado demostrado con suficiencia como veraz. En sentido estricto, la prueba son aquellas razones extraídas de los medios ofrecidos que, en su conjunto, dan a conocer los hechos o la realidad, a efecto, de resolver la cuestión controvertida o el asunto ventilado en un proceso. Bajo ese razonamiento, al probar se aporta al pleito o cuestión judicial, mediante instrumentos o procedimientos regulados legalmente, aquellas razones que conducen a formar convicción en el juzgador sobre los hechos acontecidos. (Hinostroza Minguez, 2010)

Sentís Melendo (citado por Hinostroza Minguez, 2010) sostiene que, averiguar es buscar algo que se ignora y que se necesita conocer; verificar es acreditar que aquello averiguado, y después afirmado, responde a la realidad, lo primero es una operación o una actividad de búsqueda, de investigación; lo segundo lo es de constatación o

comprobación; y, sin embargo, las dos actividades se refieren a la prueba; porque sólo averiguando bien se podrá después verificar lo afirmado en virtud de tal averiguación. Cuando **la prueba que se ofrece no da lugar al convencimiento del Juez se produce la insuficiencia probatoria, y por no haber prueba determinante de los hechos existe dificultad en el magistrado al momento de resolver.** Ya sea que el Juez observe las razones legales (obligatorias) propias de una valoración tasada de los medios de prueba o aprecie éstos en forma razonada y libre, existirá la prueba.

Hinostroza Minguez (2010) elabora una lista de los conceptos más relevantes según la doctrina relevante:

- ✓ Andrei Vishinki, señala que *“las pruebas son hechos y su valor probatorio no dependen de ellos mismos, sino de cómo son percibidos...”*.
- ✓ Sentis Melendo, refiere, *“la prueba es verificación y no averiguación...”*
- ✓ Armenta Deu sostiene que, *“la prueba es una actividad que tiene lugar ante el órgano judicial y que se encamina a que aquél adquiere el convencimiento sobre la veracidad de unos hechos controvertidos”*
- ✓ Alcalá-Zamora & Castillo, concibe a la prueba como el conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta.
- ✓ Lessona, probar significa hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser.

- ✓ Carnelutti sostiene que el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la institución jurídica de la prueba.
- ✓ Abelenda conceptúa a la prueba como la demostración, por alguno de los medios que la ley establece, de la existencia o inexistencia, verdad o falsedad, de un hecho del cual depende el nacimiento, la conservación, la transformación o la extinción de un derecho o de un deber a los fines de su reconocimiento y amparo.
- ✓ Laurent, asegura que la prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho o también el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido.
- ✓ Lino Palacios define a la prueba como, la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones.
- ✓ Montero Aroca cataloga a la prueba como, la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.
- ✓ Varela señala que, puede considerarse a la prueba judicial como referida a los medios de prueba de que se valen las partes o el juez para lograr el ánimo convictivo determinante de una decisión en el proceso.
- ✓ Farfan Fiorani entiende por prueba a la razón, instrumento, argumento u otro medio con el cual se pretende demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; además, señala que probar es demostrar o comprobar los hechos controvertidos en el proceso, aportando a éste los motivos o las razones que

produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.

- ✓ Molina González, en sentido procesal la prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio.
- ✓ Lovato afirma que la prueba es un medio de contralor de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio.
- ✓ Taruffo refiere que la prueba es el instrumento que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales; se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que puede proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre.
- ✓ Serra Domínguez, considera que la prueba jurídica es una actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre uno de hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juzgador.
- ✓ Abel Lluch según su criterio, la prueba es la actividad desplegada generalmente por las partes y excepcionales de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.

B. ¿Qué se prueba?

Según Abel Lluch (2007: 22) el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes, como indica Taruffo (2002: 113) los hechos existen en la realidad fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes

efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones. Algunos autores, afirman que son objeto de prueba los hechos, donde el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. Por su parte, Garcimartín Montero (1997: 49) precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba *los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos*.

C. ¿Con que se prueba?

Las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes se verifican a través de las fuentes de prueba, que se introducen en el proceso mediante los medios de prueba. Las fuentes de prueba son conceptos preexistentes al proceso (la parte, el testigo, el documento, la cosa que ha de ser examinada, el conocimiento técnico del perito) y los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso (interrogatorio de parte o de testigo, reconocimiento judicial, dictamen de peritos). Las fuentes de prueba son los instrumentos que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador. (Abel Lluch, 2007: 24)

D. ¿Quién prueba?

Abel Lluch (2007: 26-27) afirma, en principio se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez; en efecto, a las partes les corresponde la carga de alegar y probar, en consecuencia, las partes tienen la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso (no es misión del juez), porque nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba, pues como

apunta Rosemberg (2002: 37), “el problema de la carga de la prueba sólo se presenta cuando la prueba no se ha producido”.

Por el contrario, de existir prueba, no resultan de aplicación las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, y entran en juego las normas sobre valoración de la prueba. La carga de la prueba de los hechos, por ende, corresponde a las partes, y en eso consiste precisamente el principio de aportación de parte, que atribuye a las partes la carga de la alegación y de la prueba. El juez tiene, eso sí, el deber de admitir (o, en su caso, inadmitir) los medios de prueba y con ello la clave para introducir las fuentes de prueba en el proceso. Y tiene, por supuesto, el deber de valorar las pruebas a los efectos de motivar la sentencia, como exigencia legal, elevada ya a rango constitucional. (Abel Lluch, 2007: 27)

E. ¿Cómo se valora la prueba?

Según Abel Lluch (2007: 29) la verificación de los hechos afirmados por las partes e introducidos en el proceso a través los medios de prueba culmina con la valoración judicial en la sentencia. Aquí debemos acotar el significado legal de la valoración de la prueba, distinguir entre los sistemas tasados y los de libre valoración y, por último, precisar el alcance de la expresión *apreciación conjunta de la prueba*. Las pruebas se valoran al final del proceso. En efecto, las partes son *dueñas* de las fuentes de prueba y al juez le corresponde introducirlas en el proceso con la admisión de los medios de prueba. Pero una vez introducidas en el proceso, las fuentes, que eran de las partes, dejarán de serlo y se encuentran a disposición del juez para su valoración.

Una vez adquirida la prueba, por cualquiera de las partes (principio de adquisición Procesal), el juez inicia el proceso mental de valoración de la prueba. Este proceso se produce de manera distinta en la mente de cada juez e incluso un mismo juez no siempre efectúa el mismo recorrido o *iter* en la valoración probatoria. No podemos detenernos en la construcción de la sentencia, pero si señalar que la valoración es la actividad judicial consistente en la verificación de la afirmaciones fácticas de las partes (juxta allegata) en orden a la fijación de los hechos controvertidos (juxta probata) y su plasmación en la sentencia mediante la motivación del juicio de hecho, sea atendiendo a reglas tasadas o a las reglas de la sana crítica. (Abel Lluch, 2007: 29)

Taruffo (2002: 436), indica que la motivación del juicio de hecho satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas. En efecto, no basta como calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso la explicación de las causas determinantes de dicha decisión, pues por constituir la prueba el apoyo de la sentencia no es admisible obviar su análisis. A menudo se reduce la motivación al juicio de derecho, con olvido que el juicio fáctico, y la selección de los hechos probados, es la que predetermina la fundamentación jurídica.

F. ¿Qué es el Derecho probatorio?

Andrei Vishinski (citado por Hinostroza Minguéz, 2010) define al Derecho Probatorio como *“el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas”*. En efecto, el Derecho probatorio es aquel por medio de varios aspectos estudia la prueba, no sólo en lo concerniente a la prueba judicial enmarcado dentro del sistema legal procesal, sino también, en lo que atañe al área extraprocesal, pero dentro de la ciencia jurídica. Sin embargo, el Derecho Probatorio se desprende del Derecho procesal, pues bien, la prueba encierra ciertas normas sustanciales por su innegable vinculación a esta última rama del Derecho es prácticamente asimilada a él. (Hinostroza Miguéz, 2010)

El derecho probatorio mantiene una marcada connotación procesal ya que la función de todo medio de prueba, es la de generar la certidumbre acerca de la verdad de las afirmaciones sobre los hechos producidos. Esto no significa negar que la convicción que se pueda crear se derive o se logre dentro de un contexto extra-jurisdiccional. Las normas positivas que preceptúan la manera cómo pueden ser acreditados los actos y contratos en sí regulan los derechos y deberes sustanciales que de éstos nacen, lo cual no le resta su carácter procesal ya que el

juzgador apreciará las hipótesis de conducta contenidas en dichas normas para establecer en un proceso si los actos y contratos acontecieron y de qué forma se produjeron. Lo expresado es válido en un sistema legal cuyas formalidades no son *ad solemnitatem*. Tratándose de normas que contienen formalidades *ad probationem* su naturaleza procesal no ésta en discusión pese a que pueden pertenecer a una legislación material. En cuanto a las reglas que establecen formalidades *ad solemnitatem*, es decir, aquellas que van a determinar la existencia, inexistencia, validez o invalidez de una acto o contrato, si bien son por ello de derecho material, el correspondiente documento de que trate la formalidad requerida legalmente, además de constituir un requisito para la creación misma del acto o contrato significará un medio apto para probar su existencia, perteneciendo también al ambito procesal. (Hinostroza Miguez, 2010)

2.2.2. La verdad como fin de la actividad probatoria

La doctrina clásica considera que el fin de la prueba es la búsqueda de la verdad (juristas tradicionales consideran como finalidad máxima de la prueba el llegar a la verdad). Entre ellos tenemos al jurista Jeremías Bentham, en su definición de la prueba sostenía “que es un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto”. En la misma postura Eduardo Bonnier, que sostenía que descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. (Canelo Rabanal, 2016: 498)

El jurista Francisco Ricci afirmaba que la prueba en efecto no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”. Este jurista concibe a la prueba como instrumento que permite llegar a la verdad. Es de la misma concepción Rafael de Pina, quien sostiene que “la prueba es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente de la verdad o falsedad de una cosa. De Pina sostiene que la prueba busca la verdad, pero concibe como su

naturaleza a las razones o argumentos, es decir, los fundamentos que llevan al juez a encontrar la verdad. Con la misma postura, pero refiriéndose a la prueba como instrumento, Brichetti calificaba a ésta como un instrumento para la búsqueda de la verdad. Es decir, todo objeto físico que contribuya a encontrar la verdad es catalogado como prueba. Asimismo, el jurista Antonio Rocha Alvira sostenía que la prueba tiene el mismo fin, pero define a la prueba como actividad o conducta. Este sostiene que “probar consiste en poner de manifiesto la verdad la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y en infundir sobre su existencia y modalidades una convicción llevada hasta el límite que en cada caso exija la ley. El jurista Ruiz de Luna y Díez consideraba que “para que el juez pudiera aplicar una norma era premisa indeclinable el previo conocimiento de la verdad”.⁸ Y según este autor, ello sólo se logra a través de la prueba. Del mismo punto de vista es Mario Florián, que sostiene: exigencia de que la verdad material y efectiva, que debe actuar como criterio vivificador en el campo del proceso penal, tenga vía libre para imponerse y no encuentre obstáculos ni tropiezos en la ley. Frente a ella se levanta la llamada verdad formal, es decir, la que se presenta por disposición o atribución de la ley y que generalmente es propia del proceso civil. Este jurista establece dos tipos de verdades: la formal y la material, pero consideramos que este argumento no tiene ninguna consistencia, pues si lo analizamos bajo los parámetros de la lógica se podrá entender que la verdad es una sola, ya que decir que algo es verdad descarta a todo los demás como una no verdad. Por lo tanto, si sostenemos que la verdad material es la verdad pura, entonces la verdad formal sería una no verdad; por ende, la prueba cuya finalidad sea certificar una verdad formal es una prueba que busque acreditar una no verdad. Es por ello que sostener que la prueba tiene como finalidad llegar a la verdad y que existen dos verdades es un absurdo lógico que traslada a la prueba del ámbito del derecho a un campo de abstracción, como es la filosofía de los conceptos. (Canelo Rabanal, 2016: 499-500)

Como bien lo sostiene Canelo Rabanal (2016) Al plantear que la finalidad de la prueba es la verdad, esta institución jurídica procesal se traslada al ámbito de la epistemología y la gnoseología, lo cual implica que conozcamos:

- ✓ Los sujetos que intervienen en el acto de adquirir el conocimiento.
- ✓ Los diversos métodos y mecanismos utilizados por el hombre para encontrar la verdad.
- ✓ La validez de los conocimientos.
- ✓ Conocer las diferentes teorías sobre la definición de la verdad.
- ✓ Los juicios del conocimiento.
- ✓ Conocer las diferentes fuentes del conocimiento.

- ✓ Analizar si es posible llegar a establecer una verdad absoluta o si la verdad es un concepto relativo.

2.2.3. Clasificación doctrinaria de los hechos jurídicos

El profesor Carlos Ducci (2007: 391) distingue cuatro categorías de hechos jurídicos:

- a. Hechos constitutivos:** son aquellos que producen el nacimiento de un derecho o de una situación jurídica antes inexistente (por ejemplo, un contrato, un testamento). Se subclasifican en genéricos y específicos. Los hechos constitutivos genéricos son los comunes a toda relación jurídica o a un cierto grupo de relaciones jurídicas. Los específicos son los particulares de una relación jurídica determinada. Los hechos constitutivos genéricos no necesitan probarse. Por ejemplo, la capacidad, el objeto, la causa; la ley presume su existencia y su ausencia deberá probarla la parte contraria como un hecho impeditivo. Los hechos constitutivos específicos deben probarse. Así, en la compraventa, será necesario probar que se acordó por una parte dar tal cosa y por la otra pagar tal precio.
- b. Hechos impeditivos:** son aquellos que impiden la generación válida de una relación jurídica (por ejemplo, los vicios del consentimiento): deben probarse por quien los invoca.
- c. Hechos modificativos:** son aquellos que alteran en su contenido o efectos la relación jurídica (por ejemplo, las modalidades): deben probarse por quien los alega.

- d. Hechos extintivos:** son aquellos que hacen desaparecer una relación jurídica o sus efectos (por ejemplo, los modos de extinguirse las obligaciones): deben probarse por quien los hace valer.

2.2.4. Valoración de la Prueba

Valoración de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, corresponde a la acción de dar significado o importancia a una cosa, acción, palabra o frase. Adecuado al proceso civil, correspondería a la acción realizada por el juez con el propósito de determinar el valor o importancia de los medios probatorios aportados de las partes, a fin de generar en el certeza sobre los argumentos expuestos, a fin de amparar las pretensiones presentadas y que son materia del proceso.

Con certeza, la adecuada valoración de cada medio probatorio esta pronosticado a la emisión de un fallo debidamente motivado, sujeto a lo solicitado por las partes, sin transgredir el derecho y el debido proceso. El código procesal civil en su artículo 197° establece que la valoración global de los medios de prueba, así como su libre apreciación por parte del juez: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinadas que sustentan su decisión”. Ahora bien, la valoración probatoria que llevará a cabo el juez puede ser realizada durante el transcurso del proceso, originando familiaridad, con la finalidad de que la expedición de la sentencia revista adecuada motivación, puesto que los medios probatorios han sido valorados, técnica y razonablemente, de tal manera que generaron certeza, los mismos que están directamente vinculados con los fundamentos jurídicos y facticos expuestos por las partes.

Es preciso recalcar que, es necesario dicha vinculación para generar de previamente a la elaboración de la sentencia judicial, a efectos de que el

proceso no se configure como deficiente, eludir decisiones tardías, por meros factores implican, verbigracia, actuar medios probatorios innecesarios, que obstruyen la actividad judicial. Se comprende que todo medio constituye un modo de llegar al fin, es decir un resultado. En el caso concreto, el fin de la prueba es lograr esclarecer un hecho controvertido fundado en las posturas contradictorias, una situación dudosa que no ha sido esclarecida o que en su defecto requiere la conformación del juez, sobre la cual recae emitir una decisión final que está sujeto a concluir, de la manera más justa, a la controversia generada.

Por dichas razones, asumo la postura de que un profundo y adecuado análisis de los medios probatorios ofrecidos por las partes, debe ser efectuado también de tal manera que la valoración sea la correcta, haciendo posible fijar en forma apropiada los puntos controvertidos, teniendo en cuenta que cada uno de los medios probatorios pretenden generar certeza de que cada uno de los hechos alegados o expuestos por las partes, son fiables y verídicos, promoviendo a la configuración de una decisión judicial con suficiente motivación amparada por la Constitución Política.

2.2.5. Naturaleza jurídica

La prueba constituye un acto jurídico de naturaleza procesal, ya que para su ofrecimiento es necesario un comportamiento humano y una manifestación de voluntad que se dan siempre dentro de un proceso. Los derechos y las obligaciones derivados de las relaciones materiales y las pruebas referidas a dichas relaciones son ejercitados, exigidas y actuadas, en ese orden, dentro del correspondiente proceso judicial, siempre que exista controversia o

incertidumbre jurídica. La prueba de algún acto o contrato recién adquirirá relevancia y ejecutabilidad mediante un proceso, de ahí, se afirma su connotación procesal. Empero, la prueba constituye también un acto jurídico material, en aquellos casos que considera un requisito indispensable para la existencia o validez del acto o contrato, sin embargo, se introduce al proceso a través de un acto jurídico procesal. Antes del proceso su objeto permanece estático, inactivo, dentro de él adquiere significado probatorio. (Hinostroza Minguez, 2010)

2.2.6. La prueba y su fuente

La fuente en la prueba, vendría a ser la información obtenida gracias a los medios probatorios, teniendo una existencia autónoma en la relación al proceso. El medio probatorio constituye el elemento material del que se alcanza la fuente donde el órgano jurisdiccional extraerá conclusiones acerca de la verdad de los hechos. En ese contexto, todas las pruebas son pre-existentes como fuentes, y se constituyen en el proceso utilizados como medios, con independencia de que se le hayan pre-constituido o no como tales fuentes de prueba. No obstante, Carnelutti denomina fuente de prueba al hecho del cual se sirve (el Juez) para deducir la propia verdad. (Hinostroza Minguez, 2010)

Algunos juristas consideran que las fuentes de la prueba, vendrían a ser los hechos que el magistrado percibe y que le son útiles para la averiguación, conocimiento o demostración del hecho materia de controversia o ventilado en el proceso. Por otra parte, al establecer la diferencia entre el objeto de la prueba y la fuente de ésta. El primero, es el hecho a ser demostrado; la segunda es el hecho que sirve para acreditarlo. Al conducir un hecho a la prueba de otro, el primero de ellos será su fuente y el segundo constituirá su objeto. Por tanto, las fuentes de la prueba son aquellos datos o caracteres que se desprenden de un documento, la afirmación sobre hechos declarada por el testigo o la parte, la conclusión a la que llega un dictamen pericial, etc.

La fuente de la prueba poder ser vista como hechos representativos de otros o que expresan su propia existencia, comprendiéndose entre ellos a los objetos, sucesos, actividades humanas e, inclusive, a las personas naturales, pudiendo el Juez obtener la prueba de otros hechos o de los mencionados. (Hinostroza Minguez, 2010)

2.2.7. La prueba como un Derecho procesal

Dentro del derecho procesal subjetivo, existe la necesidad de aportar los medios probatorios que se estimen relevantes, para probar los hechos en que se funda la respectiva pretensión o para contradecir las alegaciones del actor, referidas precisamente a hechos o situaciones concretas. El derecho de probar es considerado subjetivo porque es indispensable una manifestación de voluntad en ese sentido por parte del sujeto procesal (contenida en la demanda, contestación de ella, o en los escritos que correspondan a los casos de ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos). Tratándose de las pruebas de oficio la obligación de Juez de practicarlas proviene de la ley, siendo inexistente todo derecho subjetivo de las partes en relación a dichas pruebas. Ahora bien, el derecho subjetivo de probar no implica que el juzgador tenga necesariamente que adquirir convicción respecto de los medios de pruebas aportados, sino que los admita, disponga su actuación y los considere al momento de expandir la correspondiente resolución. (Hinostroza Minguez, 2010)

Por su parte, Pico I Junoy (citado por Hinostroza Minguez, 2010) refiere, que el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso. El carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente. En consecuencia, el derecho a la prueba implica, en

primer lugar, el derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición. En segundo lugar, supone que el medio probatorio admitido sea practicado pues, en caso contrario, estaremos en presencia de una denegación tácita del mencionado derecho. Y finalmente, en tercer lugar, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia.

Dentro de los argumentos de Abel Lluch (2007: 32 y ss.) destaca que el derecho a la prueba implica cuatro facultades, y son:

- ✓ ***Derecho a la proposición de los medios de prueba.*** Cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones. La proposición se halla únicamente sujeta a requisitos de tiempo y forma
- ✓ ***Derecho a la admisión de las pruebas propuestas o, en su caso, a una inadmisión motivada.*** Una vez propuestas por las partes, de en los puntos anteriores, de recaer una resolución de admisión o, en su caso, de inadmisión sobre cada una de ellas. En caso de inadmisión, la misma no puede ser arbitraria o irrazonable, sino que tiene que ser motivada, esto es, con expresión de las razones que impiden superar el 'juicio de pertinencia.
- ✓ ***Derecho a la práctica de la prueba admitida.*** Las pruebas, una vez propuestas y admitidas, deben ser practicadas, pues la ausencia de práctica de una prueba admitida, equivale a una inadmisión no motivada.
- ✓ ***Derecho a la valoración de la prueba practicada.*** Las pruebas propuestas, admitidas y practicadas, deben ser valoradas en la

sentencia, como exigencia del deber de motivación de las resoluciones judiciales.

2.2.8. Diferencia entre prueba y medio probatorio

La prueba puede ser concebida estrictamente como las razones que conducen al Juez a adquirir certeza sobre los hechos. En cambio, los medios probatorios son los instrumentos que emplean las partes u ordena el magistrado de los que se derivan o generan tales razones. Así, bien puede darse el caso de un medio probatorio que no representa prueba alguna al no poder obtenerse de él ninguna razón que produzca el convencimiento del Juez.

Por otra parte, Hinostroza Minguez (2010) enlista una serie de conceptos con el propósito de ilustrar la noción de medio de prueba, según el criterio de algunos juristas:

- ✓ Rodríguez Espejo define al medio de prueba como la persona o cosa y, excepcionalmente, también, los hechos que suministran al órgano jurisdiccional del Estado los conocimientos necesarios para que pueda determinar la verdad o falsedad jurídica de un tema de prueba.
- ✓ Lessona señala que el medio de prueba es un instrumento y de su uso puede surgir directa o sólo indirectamente el efecto buscado.
- ✓ Gorphe, acota que los medios de prueba con categorías jurídicas abstractas, sometidas a reglas diferentes de admisibilidad.
- ✓ Figueroa Yabar, preceptúa que los medios de prueba constituyen la forma idónea de revelar, dentro del proceso, los hechos ocurridos antes y fuera de él y que conforman o delimitan el conflicto.
- ✓ Deu sostiene que los medios de prueba son aquellas diferentes actividades que tienen lugar en el proceso y a través de las cuales se introducen las fuentes u objetos de la prueba, conduciendo al juez a adquirir la certeza positiva o negativa de las afirmaciones de hecho.

- ✓ Serra Domínguez, concibe a los medios de prueba como los instrumento utilizados por las partes para trasladarlos hechos de la realidad a la presencia judicial.
- ✓ Lino Palacio asegura que constituyen medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptible de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos.
- ✓ Rocco tiene la siguiente idea sobre los medios de prueba son los medios suministrados por las partes a los órganos de control (órganos jurisdiccionales) de la verdad y existencia de los hechos jurídicos controvertidos, a fin de formar la convicción de dichos órganos sobre la verdad y existencia de ellos.

2.3. La Pretensión

2.3.1. Noción

El término pretensión se adoptó por primera en Alemania, la tesis de Bernard Windscheid estableció el moderno concepto de la ley alemana de *Anspruch* (el reclamo legalmente exigible) distinguiéndola del concepto de derecho romano de *actio*. La tesis del profesor Windscheid dice que el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico. En este sentido, el derecho subjetivo es la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo de la persona o personas que se hallan frente al titular. (Rocco, 1959: 327)

Conforme a la doctrina del garantismo procesal, la pretensión no es más que la proyección fáctica del objeto accionado, esto es, “*singulariza jurisdiccionalmente el petitum de la demanda de tutela efectiva, es el objeto – acción jurisdiccionalizado al que caracteriza la garantía de acceso a los juzgados y Tribunales*” (Lorca Navarrete & Lozano–Higuero, 2002: 34-35). Al

respecto conviene decir que la pretensión es aquella manifestación voluntaria de la persona, encausada a reclamar o exigir contra un sujeto de derecho el cumplimiento de una obligación, para satisfacer un interés jurídico; entiéndase que la pretensión se ejerce al amparo del derecho objetivo y su materialización se hace efectiva a través de la acción, que en buena cuenta es otra institución jurídica procesal que difiere de aquella, habida cuenta que sus objetivos asumen rumbos disimiles.

Como es sabido, el estudio de la real dimensión que abarca la pretensión, en la presente investigación, resulta ser un escenario jurídico trascendental que motiva plantear nuevas teorías *—a pesar que existen consabidas disertaciones—* con el ánimo de propiciar a los justiciables un abanico de criterios formales que garanticen, ante los órganos jurisdiccionales, sus pretensiones; de ahí que potenciaría la fijación de puntos controvertidos con tendencias de resolver las controversias, a través de sentencias, aunadas de una diferida categoría estandarizada.

Para Devis Echeandia (1997: 214) el efecto jurídico concreto que el demandante (en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos) o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal, según el sistema vigente (en los procesos penales), persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado.

Hinostroza Minguez, (2010b) cita algunos conceptos más relevantes de la doctrina en lo referente a la pretensión, como son:

- ✓ Azula Camacho, la pretensión es el acto de voluntad de una persona, en virtud del cual reclama del Estado, por conducto de la jurisdicción, un derecho frente o a cargo de otra persona.
- ✓ Lino Palacio, siguiendo las ideas Guasp y Carnelutti, anota que la pretensión es el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano

jurisdiccional (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación.

- ✓ Morello sostiene que con la pretensión (procesal) se materializa el reclamo cierto de tutela contra el adversario, por conducto del órgano judicial.
- ✓ Véscovi, la pretensión es declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica. En realidad estamos frente a la afirmación de un derecho y a la reclamación de la tutela jurídica para el mismo. Se trata de la reclamación frente a otros sujetos de un determinado bien de la vida. En consecuencia, la pretensión viene a ser el contenido de la acción. Aquella no se dirige al Estado (o al juez) si no a un sujeto de derecho. Si el sujeto (activo) del derecho no tuviera ninguna pretensión de deducir, seguramente no ejercería el derecho de acción (por más abstracto que éste sea), pues nada tendría que pedir.
- ✓ Peyrano afirma que la pretensión procesal es una manifestación de voluntad a través de la cual alguien reclama algo ante el órgano jurisdiccional y contra otro. La pretensión es algo que se hace (declaración de voluntad) no que se tiene (derecho de acción). La pretensión no es un derecho si no un simple acto de voluntad exteriorizado mediante la presentación de la demanda en ejercicio del derecho de acción. Por ello es que la pretensión procesal es una declaración de voluntad en cuyo mérito se solicita una actuación del órgano jurisdiccional en miras de un interés concreto y frente a una persona distinta del autor de la declaración.
- ✓ Andres de la Oliva y Miguel Angel Fernández considera que la pretensión es el acto de pretender una tutela jurisdiccional concreta, manifestación del derecho fundamental, abstracto, a acceder a los tribunales, acto que tiene el contenido siguiente: afirmación de la

acción, esto es, del derecho a obtener la tutela jurisdiccional que se pretende (que se pretende, no 'porque sí', ni porque se entienda que es 'lo que en Derecho procede' , sino que se pretende porque se considera que se tiene derecho a ella y se quiere disponer de ese derecho ejercitándolo) y ejercicio de derecho a una sentencia sobre el fondo, del derecho al proceso.

Hinostroza Minguez (2010b) también refiere que la pretensión es una declaración de voluntad petitoria o de postulación, en la que debe determinar que se peticiona, para ello, se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) En primer lugar, y con la invocación de la existencia de un conflicto, se reclama la prestación de la tutela jurisdiccional reconocida por la Constitución. Mediante esa petición se ejerce el derecho subjetivo público de reclamar al Estado su deber de prestar la tutela jurisdiccional.
- b) En segundo lugar se peticiona la tramitación de un proceso específico, que mediante una declaración y, en su caso, constitución de derechos o condena, solventa el conflicto y haga observar el eventual mandato. Por consiguiente, esa declaración puede revestir diversas formas, pues puede quedar en la mera declaración o puede estar acompañada de efectos jurídicos constitutivos o de mandatos (condena), sin perjuicio de que todo se resuelva en meros actos procesales.
- c) En tercer lugar, y sobre la base del conflicto invocado y descrito, se peticiona la atribución de algún bien o de algún interés jurídicamente tutelado.

2.3.2. Naturaleza jurídica

Objeto de la pretensión, es lo que se pide en la demanda que en los procesos contenciosos se identifica con el objeto de litigio, esto es, la relación jurídica o el derecho material que se persigue y que puede variar

respecto de una misma cosa (por ejemplo, puede ser el dominio, o la simple tenencia). La pretensión comprende el objeto de litigio (la cosa o el bien y el derecho que se reclama o persigue) y la causa jurídica que sirve de fundamento a esta petición. Si cambian aquéllos o ésta, la pretensión varía necesariamente, lo que es fundamental para la determinación del contenido de la cosa juzgada, de la sentencia congruente y de la *litis pendencia*. De este modo, en un sentido procesal riguroso, el objeto litigioso no se confunde con la pretensión, sino que es el objeto de ésta, y es un error identificar los dos términos, porque sobre un mismo objeto litigioso pueden existir pretensiones diversas o análogas, pero con distinto fundamento o causa, y esto las diferencia claramente. (Devis Echeandia, 1997: 215)

Según Davis Echeandia (1997: 216) sostiene:

Por eso mismo el objeto de la pretensión procesal no se identifica con el objeto del derecho material que el demandante declara tener, porque intencional o erradamente se puede reclamar algo distinto a lo que se tiene derecho, que no corresponde al derecho material que pueda tenerse bien sea en cantidad, bien en calidad e inclusive en identidad física o jurídica. Por ejemplo, el derecho material puede tener por objeto una suma de pesos o una prestación determinada o una cosa o cuerpo cierto, y el demandante pretende mayor cantidad u otra prestación o cosa distinta, casos en los cuales la sentencia le será adversa parcial o totalmente. Por consiguiente, la pretensión procesal puede estar respaldada o no por un derecho, lo que significa que pueden existir pretensiones fundadas e infundadas. Igualmente, puede existir un derecho en cabeza de alguien y estar vulnerado o desconocido y, sin embargo, su titular puede no pretender su eficacia o ejercicio, por indiferencia o ignorancia; lo que demuestra que también puede existir un derecho sin pretensión. Así, pues, la pretensión no es un derecho, sino un simple acto de voluntad, para el cual no se requiere más que su manifestación o exteriorización mediante la demanda, en la cual se ejercita, además, el derecho de acción.

2.3.3. Elementos de la pretensión: objeto y razón

La pretensión cuenta con dos elementos esenciales: su objeto y su razón; es decir, lo que se persigue con ella, y la afirmación de que lo reclamado se deduce de ciertos hechos que coinciden con los presupuestos tácticos de la norma jurídica cuya actuación se pide para obtener esos efectos jurídicos.

De ahí, que en la demanda se exige indicar lo que se pide y los fundamentos de hecho y de derecho de la petición. (Devis Echeandia, 1997: 219)

Según Davis Echeandia (1997: 219) lo conceptualiza:

- ✓ El objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido (el derecho o relación jurídica que se pretende), y por lo tanto, la tutela jurídica que se reclama; la razón de la pretensión es el fundamento que se le da, y se distingue en razón de hecho y de derecho.
- ✓ La razón de la pretensión se identifica con la causa *petendi* de la demanda.

Por tal razón Davis Echeandia (1997: 220) sostiene:

El juez debe resolver sobre ambos elementos, sea para acceder a lo pretendido o para rechazarlo. Si encuentra que existe la conformidad que se reclama entre los hechos, el derecho material y el objeto pretendido, reconoce o declara las consecuencias jurídicas que en las peticiones o imputaciones se precisan; o las niega, en la hipótesis contraria. Esas consecuencias o conclusiones no son el fundamento de la pretensión, sino su objeto, de la misma manera que los hechos constituyen su fundamento y no su objeto. Entre el fundamento o razón de hecho y de derecho existe una diferencia fundamental en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; al paso que el primero debe ser formulado necesariamente por el demandante y vincula al juez (con las limitaciones y requisitos que veremos al estudiar los hechos de la demanda), el segundo puede y debe ser aplicado por el juez oficiosamente y por eso su variación no significa la de la pretensión misma ni la del objeto litigioso, por lo cual para que la pretensión prospere basta que el juez encuentre la conformidad entre su fundamento de hecho y el ordenamiento jurídico, sin que importe que ello se deba a las normas materiales citadas por el demandante o a otras que aquél conoce y aplica oficiosamente. De lo anterior se deduce que el problema de la identidad de las pretensiones procesales, para efectos de la *litis pendentia* y la cosa juzgada, lo mismo que para la determinación de la congruencia de la sentencia, se vincula a las peticiones u objeto de la pretensión. La pretensión puede tener como fundamento hechos que constituyan no sólo relaciones jurídicas sustanciales, sino también procesales, pero en el sentido de que puede tener por objeto satisfacer un derecho otorgado en un proceso anterior, como el pago de costas judiciales o de honorarios de peritos, etc. Como toda demanda contiene una pretensión (inclusive la que inicia un proceso de jurisdicción voluntaria), siempre aparece en ella una razón para sustentarla. Pero esto no significa que la razón tenga que ser cierta y eficaz,

pues de lo contrario la sentencia tendría que resultar en todos los casos favorable al demandante.

2.3.4. Fin de la pretensión

Según Davis Echeandia (1997: 221) En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, el fin de la pretensión es la tutela del interés particular del pretendiente, puntualizado en la demanda, mediante sentencia favorable; en los procesos penales, cuando la ejercita el particular ofendido, sea querellante o denunciante, ese fin es la declaración de responsabilidad del imputado, mediante sentencia condenatoria, pero cuando la pretensión o imputación es ejercitada por el Estado, a través del juez o fiscal, su fin es la tutela del interés general en el mantenimiento del orden jurídico, mediante sentencia justa (es decir, en el último caso el fin de la pretensión se identifica con el de la acción).

2.3.5. Sujetos de la pretensión

De lo expuesto se deduce que son sujetos de la pretensión el demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo), en los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos; asimismo, los requisitos que deben reunir estos sujetos para la validez de su actuación en el proceso, son los que estudiaremos al tratar de los requisitos de los actos procesales. (Devis Echeandia, 1997: 221-222)

2.3.6. Efectos de la pretensión

La pretensión, en sus dos elementos (objeto y razón de hecho y derecho), delimita el alcance y sentido del litigio, del proceso y de la cosa juzgada, y sirve para determinar cuándo hay *litis pendencia*, cuándo procede la acumulación de procesos por identidad del objeto y la objetiva (mal llamada de acciones) en una demanda, lo mismo que para la eficacia de los recursos que por tal motivo se interpongan contra ella. La pretensión y las excepciones o defensas que el

demandado o el sindicato opongan, son el objeto del proceso en el sentido de que la sentencia debe resolver sobre ellas. La reforma de la pretensión equivale a la de la demanda en parte sustancial, sea en su objeto o respecto a su sujeto. Distinto es el caso de la cesión del derecho litigioso en que un tercero entra al proceso a ocupar el lugar de la parte cedente, porque entonces la pretensión sigue igual y la sentencia debe resolver sobre ella tal como en la demanda aparece, sin que la *litis contestatio* sufra modificación alguna. Se presenta entonces la transmisión de la pretensión, pero no se la reforma. Lo mismo ocurre en los casos de sucesión de una parte por sus herederos por causa de muerte o por disolución si es persona jurídica. (Devis Echeandia, 1997: 222)

2.3.7. La Pretensión Procesal

Montero Aroca (2012) refiere que es la pretensión material con relevancia jurídica formalizada por el actor ante un órgano jurisdiccional, generalmente dirigido a un tercero emplazado, en la que se precisa una petición, fundamentada, destinada a obtener un pronunciamiento favorable respecto a la satisfacción o atención en uno o más bienes o la imposición de una acción. Esta conceptualización, fija la diferencia entre pretensión material o procesal, la primera supone una manifestación del pretensor hecha directamente a un emplazado u obligado a satisfacer una petición, mientras pretensión procesal supone la misma manifestación, pero ante un órgano jurisdiccional competente.

La pretensión es la proyección del objeto accionado jurídicamente dentro de un proceso judicial, en mérito del cual se solicita la solución de un conflicto de naturaleza legal y que como tal, puede ser amparado. Normalmente, la pretensión se entiende como *“la facultad que tienen las personas para provocar la actividad jurisdiccional del Estado con el objeto de poner término mediante el proceso a un conflicto de intereses de relevancia jurídica”*. (Colombo Campbell, 1997: 168).

Esa línea de argumentación implica que, los órganos jurisdiccionales competentes estarán a cargo de solucionar el conflicto subjetivo de intereses con relevancia jurídica, de conformidad con las pretensiones formuladas por las partes procesales, demandante y demandado. Sin embargo, el juzgador en mérito a su imparcialidad y credibilidad analizará íntegramente las pretensiones planteadas, pero en simultaneidad con los componentes procesales que forman parte fundamental del proceso civil, para que sucesivamente se conduzca hacia su fin más relevante que consiste en la emisión del fallo judicial.

La interposición del acto procesal originario, ante los distintos órganos jurisdiccionales existentes en el Perú, alude a la oficialización de la pretensión procesal con relevancia jurídica. Es por ello que, la naturaleza del acto postulatorio adhiere un rasgo particular para nuestro ordenamiento jurídico nacional; es decir, los actos procesales que activan la función jurisdiccional, sea en materia civil, administrativo, laboral o constitucional, mantendrán siempre una misma estructura, pero, un contenido que difiere de otros por la cualidad de la pretensión y normas que la ampara. A decir verdad, la doctrina mayoritaria asevera que la pretensión es el objeto del proceso y éste es el derrotero para lograr la sentencia.

Habría que decir también, la pretensión se satisface dependiendo de la sentencia que el operador de justicia emite a la postre del proceso civil. Trátese, verbigracia de la sentencia declarativa; las que tienden a declarar la existencia de un determinado derecho, las sentencias constitutivas; consiste en la mutación de un estado jurídico que primigeniamente existía, convirtiéndolo en uno nuevo, asimismo, la sentencia condenatoria; se basa en la imposición de una obligación a alguna de las partes, a efectos de satisfacer el interés jurídico.

Por su parte, Hinojosa Minguéz (2010b) conceptos más relevantes de la doctrina en lo referente a la pretensión procesal, como son:

- ✓ Alvarado Velloso señala que la pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita *–después de un proceso–* una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presente a su conocimiento.
- ✓ Guaso, la pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un tercero supraordinado a ambas un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada según los acontecimientos de hecho que expresamente se señalan. Ahora bien, desde el punto de vista funcional, la pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión.
- ✓ Rosenberg estima equivalentes el objeto litigioso y la pretensión procesal al aseverar que algunas veces (el objeto litigioso) significa el derecho o relación jurídica sobre el cual debe fallarse; así, en el caso de demandas de prestación, es la relación jurídica en razón de la cual el actor exige del demandado la prestación; en el caso de demandas declarativas, es la relación que debe declararse existente o inexistente; y en el de las demandas de constitución, el derecho que se hace valer para la formación de derecho. Empero, casi siempre objeto litigiosos significa lo mismo que la pretensión, es decir, en el caso de las demandas de prestación, la afirmación de que el actor tiene un derecho a la prestación pedida por una relación del derecho de obligaciones afirmadas o por declarar, en el caso de demandas declarativas, la afirmación de que existe o no existe la relación jurídica; en el de demandas constitutivas, la afirmación de que al actor le corresponde un

derecho a la constitución pedida basándose en el derecho material que se hace valer para la formación de derecho.

2.3.7.1. Elementos de la Pretensión Procesal

A. Elemento Subjetivo.

Las corrientes doctrinarias que consuetudinariamente han intentado explicar los sujetos de la pretensión, el demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo), denotan aún ambigüedades y suponen deficientemente avances para la uniformidad de criterios. Al respecto, debe precisarse que los únicos sujetos de la pretensión son exclusivamente el demandante y demandado, al margen de que presuntamente el juez sea considerado un sujeto más de la pretensión, esta última premisa es una postura errática. La explicación se funda en que, la pretensión procesal está envuelta por la demanda, cuando ésta última es interpuesta ante un determinado órgano judicial automáticamente despierta la actividad jurisdiccional, al juez quien administra justicia en representación del Estado, mientras tanto, instaurado dicho acto, la pretensión procesal aunada en ella esta canalizada directamente al demandado, que paralelamente dentro del plazo que se le conceda, en razón del principio de contradicción, recíprocamente direccionará su pretensión.

Básicamente, el acto abstracto, individualizado y subjetivo denominado pretensión es diseñado por el titular del acto procesal –demanda–, a quien su derecho se le ha vulnerado, y, por ende, acude ante el órgano jurisdiccional para que se restablezca

previamente en un proceso. Desde ese punto de vista, la eficacia de la pretensión procesal se encontrará sujeta a las normas jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico nacional, que orientan el funcionalismo de la Administración Pública.

Procesalmente y conforme a nuestro Código Procesal Civil, existen una serie de cuestiones que las partes procesales pueden formular o deducir dentro de un proceso, dirigidos a desestimar las pretensiones formuladas, en referencia al elemento subjetivo de las pretensiones. Así por ejemplo, tenemos la figura de la legitimidad para obrar, la que puede determinarse como la posición habilitante para demandar, es pues una condición procesal mínima para establecer la existencia de una relación jurídica procesal válida. (CASACIÓN 589-2010 – Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República)

B. Elemento Objetivo.

Al respecto Monroy Gálvez señala que la pretensión procesal tiene como elementos objetivos la fundamentación jurídica que implica la invocación del derecho subjetivo que sustenta el reclamo, los fundamentos de hecho que están constituidos por la ocurrencia de cierto número de hechos cuya eventual acreditación será materia de la actividad probatoria y el pedido concreto que es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido.

Por otra parte, Alvarado Velloso (2010: 122) considera que el objeto de la pretensión es obtener de la autoridad una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda y la causa de la pretensión estaría constituida por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica y la

imputación jurídica que el actor efectúa con motivo de aquel hecho.

Devis Echandía (1997: 344) para quien la pretensión contiene dos elementos como son el objeto y la razón, señalar que el objeto de la pretensión lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido y por lo tanto la tutela jurídica que se reclama, y la razón de la pretensión que es el fundamento que se le da, y que se divide en razón de hecho y de derecho, la primera en cuanto conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se cree deducir lo que se pretende y la segunda en tanto afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material o sustancial.

A tenor del artículo 424 del Código Procesal Civil peruano, modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 30293, incisos 5, 6 y 7 ha contemplado los requisitos de la demanda: el petitorio, los hechos en que se funde el petitorio y la fundamentación jurídica del petitorio. Este hecho normativo resulta sumamente interesante y proficuo, en la medida de que admite explícita y objetivamente una estructura tripartita de la pretensión procesal; lo que ha protagonizado la aplicabilidad garantista e idónea del artículo VII del Título Preliminar, perteneciente al aludido código adjetivo, donde se obliga al Juez a aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

Entonces, cabe recalcar que de acuerdo a la mencionada norma, concerniente al petitorio, se encuentra de por medio la idoneidad jurídica en correspondencia con los fundamentos jurídicos expuesto por la parte para producir los efectos jurídicos necesarios; es así que, a pesar de ello el órgano judicial tiene la

liberalidad de estimar o desestimar la pretensión, habida cuenta que la presunción de esos hechos jurídicos no formarían repercusión por las normas invocadas, a contrario sensu, en aplicación del principio del *iura novit curia*, el juez tiene la facultad de elegir libre y apropiadamente la normativa, para mejor resolución del asunto litigioso.

2.3.8. Distinción entre acción, pretensión y demanda

Según Hinostroza Minguez (2010b) citando a Couture distingue entre acción y pretensión de este modo; la pretensión, es la afirmación de un sujeto de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. Pero la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo, aun cuando la pretensión sea infundada. El derecho a demandar (rectius: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente, la acción. Todo sujeto de derecho tiene, como tal, junto con sus derechos que llamamos materiales o sustanciales, su poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Denominamos acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se halla regido por la máxima *nemo iudex sine actore*.

Pallares refiere que las diferencias entre la pretensión y la acción procesal según los jurisconsultos modernos (Hinostroza Minguez, 2010b) son éstas:

- a) La pretensión es en muchos casos un derecho privado, la acción es siempre derecho público;
- b) En la pretensión el sujeto pasivo es el deudor de la obligación; en la acción procesal lo es, ora el Estado, ora el órgano jurisdiccional, según el punto de vista que se adopte;

- c) En la pretensión el contenido del derecho consiste en la prestación que ha de cumplir el deudor. La acción consiste en lo que pudiera llamarse, en términos generales, 'administrar justicia', es decir tramitar el juicio, pronunciar sentencia, llevar a cabo un embargo precautorio, ejecutar un fallo, etc.

Reimundín, acerca de la distinción entre acción y pretensión (Hinostroza Minguez, 2010b), acota, que la acción difiere, plenamente, de la pretensión de derecho privado, en su naturaleza, en su dirección, en su contenido y en sus requisitos:

- a) En su naturaleza, la pretensión sustancial o material, es esencialmente de Derecho privado, en tanto que la acción es un derecho subjetivo procesal.
- b) En su dirección, la pretensión sustancial es un derecho contra el adversario, en tanto que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado (o el órgano jurisdiccional o los componentes del órgano jurisdiccional); la acción es, pues, un derecho hacia el juez.
- c) En su contenido, la pretensión sustancial tiene siempre un interés privado. Pero si a la parte, *útil singulus*, le pertenece además el interés en litigio, a la misma, *útil civis*, le pertenece además el interés en cuanto a la composición de litigio, que es un interés de todos y por eso también de la parte misma.
- d) En sus requisitos, la legitimación es una condición o presupuesto de la pretensión en sentido sustancial y no de la acción.

Por su parte Montero Aroca, en cuanto a la distinción entre acción y pretensión (Hinostroza Minguez, 2010b), refiere:

En sentido estricto la acción es un derecho y la pretensión una declaración de voluntad petitoria. La pretensión no es un derecho; no existe primero el 'derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado' y después otro derecho a obtener actos procesales hasta la ejecución de la sentencia. La acción no puede agotarse con la realización de un acto único. La eficacia de la acción no depende de la fundamentación ni de la legitimación. La acción, como derecho, corresponde a todas las personas y puede ser ejercitada por

todos los que tengan capacidad de obrar, accionando en otro caso sus representantes. Por ello, si la acción se ejercita por persona capaz triunfa siempre, pues logra una actuación jurisdiccional de examen y satisfacción de la pretensión interpuesta. Esta, por el contrario, sólo será estimada si concurren la legitimación y la fundamentación. Cabe, pues, distinguir entre ejercicio del derecho de acción e interposición de la pretensión, que conceptualmente son términos distintos y de aparición sucesiva; la pretensión es la consecuencia lógica de la acción; se ejercita el derecho de acción para interponer una pretensión.

Gozaíni (Hinostroza Minguez, 2010b) en su reflexión acota, que la pretensión ha puesto de sí los nexos para relacionar tres conceptos esenciales: acción, pretensión y demanda. Cada uno de ellos operará en el proceso en situaciones diferentes:

- a) La acción entraña la relación entre el hombre y la sociedad. La posibilidad efectiva de obtener tutela del derecho cuando su situación subjetiva está en crisis. Reclamando el derecho (pretensión), la acción pervive en cada etapa del proceso como resguardo y garantía del debido proceso adjetivo. Por esto es una noción abstracta, que no se relaciona con la teoría general del proceso, y sí con la teoría general del derecho procesal.
- b) La pretensión, obra vinculante de las nociones jurisdicción, acción y proceso. Su deducción importa hacer efectivo el acto constitucional de pedir (acción) y materializa el objeto que será motivo de juicio. Por consiguiente, esta declaración de voluntad petitoria acarrea efectos jurídicos de trascendencia, en tanto impone al Estado la obligación de asistir al derecho que se dice vulnerado, y de proveer un mecanismo apropiado de dilucidación.
- c) La demanda, entendida como el acto formal de poner en funcionamiento el aparato judicial, importa el punto de reunión de la pretensión con el derecho. Con la demanda podrá ir o no la pretensión (si el proceso se inicia con una diligencia preliminar), lo que no impide advertir que, aún así, en toda demanda existe una voluntad petitoria. La demanda es sí, un típico acto procesal

2.3.9. Clases de pretensiones

Azula Camacho, clasifica a la pretensión (Hinostroza Minguez, 2010b) en dos: la extraprocesal o material y la procesal.

- A. **La extraprocesal**, llamada con más propiedad material, es la que tiene el titular de un derecho para exigir la satisfacción o cumplimiento de éste. Los sujetos de ella coinciden con los titulares de la relación jurídica material.
- B. **La procesal o propiamente dicha**, es la que se hace valer en el proceso; esta puede ser contenciosa y extracontenciosa.
 - a. **La contenciosa** es la que se da en los procesos de esta naturaleza, donde existen, a lo menos en apariencia, interés encontrado entre las dos partes. La contenciosa tiene la misma división que se hizo para el proceso en cuanto a su fin, o sea, de conocimiento, ejecutivas, cautelares y de liquidación. Igualmente, las de conocimiento, con su modalidad de dispositivas y declarativas, siendo éstas también puras, constitutivas y de condena.
 - b. **La extracontenciosa** es la que se da en los procesos de jurisdicción voluntaria. Impropiamente se la denomina pretensión, puesto que en tales asuntos no existe controversia, a lo menos en apariencia, en virtud de la carencia de partes, porque sólo concurren al proceso interesados que reclaman derechos para sí mismo y no con respecto o a cargo de otro.

Según Azula Camacho (citado por Hinostroza Minguez, 2010b) acota, tomando como punto de referencia la rama del derecho procesal, puede decirse que existe pretensión civil, penal, laboral, contencioso administrativa, etcétera. Conforme al bien sobre el cual recaiga la relación material

contenida en ella, puede ser mueble o inmueble. Mirando la naturaleza del mismo derecho material, es personal o real.

Gozáini (Hinostroza Minguez, 2010b), con relación al derecho la pretensión los clasifica en:

- a) **Constitutivas:** según creen, modifiquen o extingan una situación jurídica (divorcio; culpabilidad en el hecho ilícito, etc.).
- b) **De condena:** son las que imponen obligaciones de dar, hacer o no hacer (indemnización).
- c) **Declarativas:** persiguen despejar la incertidumbre acerca de la existencia o no de un estado jurídico. No presuponen el litigio, sino tan sólo lo presume o proyecta como eventual. (falsedad documental; inconstitucionalidad de una norma).
- d) **Ejecutivas:** procuran el cumplimiento de una obligación previamente documentada (título ejecutivo; sentencia).
- e) **Cautelares:** cuyo objeto es asegurar anticipadamente el estado de un hecho (reconocimiento de cosas y lugares) o de un derecho (embargo preventivo), procurando garantizar el cumplimiento efectivo de una sentencia probablemente favorable

Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (Hinostroza Minguez, 2010b) en relación a las clases de pretensiones, enseñan lo siguiente:

Desde el punto de vista de la clase de pronunciamiento que se pretende, las pretensiones se clasifican así: De conocimiento, de ejecución y pre-cautelativas. En el campo de las pretensiones de cognición, la doctrina ha trazado la tricotomía fundamental, que sirve como criterio de clasificación básica de las pretensiones procesales, distinguiendo: a) las pretensiones en las cuales se reclama la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, de una relación jurídica; b) peticiones en que se reclama la comprobación o fijación de una relación jurídica, y c) deprecaciones en las cuales se reclama la imposición de una situación jurídica. Designadas cada una de esas agrupaciones de reclamos con los nombres respectivos de pretensiones constitutivas, pretensiones mero-declarativas, pretensiones de condena. No es igualmente clara y aceptada en la doctrina la clasificación fundamental de las pretensiones ejecutivas. Se pregona así que si la conducta física que se reclama por el actor, frente al juez y en contra del ejecutado es un dar, se estará ante la pretensión ejecutiva de dación; y que

si la conducta física que se reclama es un hacer las pretensiones se llamarán ejecutivas de transformación. Dentro del concepto de dación se involucra la dación normal, denominación que suele reservarse para la entrega de cantidad de dinero, así conocida por la doctrina como ejecución expropiativa y la dación de cosa distinta de dinero que la doctrina conoce como ejecución satisfactiva. También se considera como pretensión ejecutiva, la que reclama al juez la distribución de un patrimonio entre diversos sujetos (liquidación, división) y se alude entonces a una ejecución distributiva. La pretensión cautelar es de carácter accesorio, depende siempre de una principal, de conocimiento o ejecutiva, que garantizan en sus resultados, para el efecto de que se triunfe en la deprecación principal.

No obstante, para Alvarado Velloso (Hinostroza Minguez, 2010b) la pretensión los clasifica:

- A. **Pretensiones declarativas de derechos:** en general, son aquellas mediante las cuales se intenta la declaración o la determinación del derecho a aplicar en un litigio a base de los hechos que lo configuran. Ellas admiten una triple clasificación:
- a. ***Pretensiones simplemente declarativas o de mera declaración:*** son aquellas mediante las cuales se intenta – *exclusivamente*- lograr del juez la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, satisfaciendo ello integralmente el interés del pretendiente.
 - b. ***Pretensiones declarativas de condena:*** son aquellas mediante las cuales se intenta no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino que también incluyen la aspiración de que el juzgador emita un mandato individualizado de condena a dar, hacer o no hacer una prestación.
 - c. ***Pretensiones declarativas de constitución (pretensiones de constitución):*** son aquellas mediante las cuales se intenta no sólo la declaración de la existencia de un derecho sino también incluyen la aspiración de que, como consecuencia de ella, se cree, modifique o extinga un estado jurídico.

- B. **Pretensiones ejecutivas:** son aquellas mediante las cuales se intenta lograr la ejecución coactiva de un derecho que ya se halla reconocido o declarado en una sentencia (título ejecutorio) o en un instrumento al cual la ley otorga carácter fehaciente (título ejecutivo).
- C. **Pretensiones cautelares:** son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no la declaración de un derecho ni la ejecución de una prestación sino el aseguramiento anticipado de un hecho o de un derecho.

Por otra parte, cuando coexisten dos pretensiones en una misma demanda (casos de acumulación procesal) ellas pueden ser:

- a) **Eventuales:** la segunda pretensión se presenta para el juez la considere y falle sólo en caso de ser desestimada la primera.
- b) **Sucesivas:** la segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera, a este tipo procesal se da el nombre de eventualidad impropia o subsidiariedad.
- c) **Alternativas:** la segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella o la primera, indistintamente.

Finalmente, para Lino Palacio (Hinostroza Minguez, 2010b) las pretensiones procesales se clasifican atendiendo a dos puntos de vista: el que se refiere a la índole del pronunciamiento que persiguen, y el que se basa en la naturaleza del derecho material invocado como fundamento de ellas. En tal sentido es como lo detalla:

- A. **Pretensiones de conocimiento:** Son aquellas mediante las cuales se solicita al órgano procesal que dilucide y determine el contenido y alcance de una situación jurídica. Esta clase de pretensiones admite, a su vez, una subclasificación basada en los distintos tipos de sentencias que pueden conducir a ese resultado y que permite distinguir entre pretensiones declarativas, de condena y determinativas.

- a. **Pretensiones declarativas:** Llámense pretensiones declarativas a las que tienden a obtener un pronunciamiento que elimine la falta de certeza sobre la existencia, eficacia, modalidad o interpretación de una relación o estado jurídico
 - b. **Pretensiones de condena:** Denomínanse pretensiones de condena a aquéllas mediante las cuales se reclama el pronunciamiento de una sentencia que imponga al demandado el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer) a favor del actor.
 - c. **Pretensiones determinativas o especificativas:** Son pretensiones determinativas o especificativas, aquéllas mediante las cuales se pide al órgano judicial que fije los requisitos o condiciones a que quedará supeditado el ejercicio de un derecho. Tienden, en otras palabras, a la complementación o integración de ciertas relaciones jurídicas cuyos elementos o modalidades no se encuentran determinados o especificados por completo.
- B. **Pretensiones de ejecución:** Llámense pretensiones de ejecución a las que tienen por objeto hacer efectiva la sanción impuesta en una sentencia de condena (título ejecutivo judicial), u obtener el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los instrumentos a los que la ley acuerda una presunción de legitimidad (títulos ejecutivos extrajudiciales)
- C. **Pretensiones cautelares:** Denomínanse pretensiones cautelares las que tienden a la obtención de una medida judicial que asegure el eventual cumplimiento de la sentencia de mérito a dictar en un proceso de conocimiento o de ejecución.
- D. **Pretensiones reales y personales:** La clasificación de las pretensiones en reales y personales atiende a la naturaleza del derecho *–real o personal, respectivamente–* invocado como fundamento de la pretensión procesal. Las pretensiones personales, son las que emergen de derechos personales de contenido patrimonial, a los que también se

denomina derechos de crédito o creditorios y cabe definir como aquéllos que se tienen respecto de una o varias personas determinadas que se hallan obligadas, frente al sujeto activo, a la entrega de una cosa (obligación de dar), o a la ejecución de un hecho (obligación de hacer) o de una abstención (obligación de no hacer). Sin embargo, dentro del concepto de derechos personales pueden incluirse tanto los derechos autopersonales o personalísimos (derechos a la vida, al honor, al nombre, a la libertad física, etcétera) como los denominados derechos potestativos (derechos que corresponden al marido respecto de la mujer y viceversa, a los padres respecto de sus hijos, y a los tutores y curadores respecto de sus pupilos)

2.4. Los Puntos Controvertidos en el Proceso Civil Peruano

2.4.1. Noción

Conforme a lo señalado en el Art. 468° del Código Procesal Civil, señala:

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (...)

Desde ese punto de vista, la norma citada indica implícitamente un dilema que atañe a la proposición de puntos controvertidos por las partes, dado que si hubiere omisión por aquellas, consecuentemente el juez procedería a realizarla. De ahí que, es un asunto de disertación complejo que corresponde indubitablemente a un tratamiento encausado a delimitar la formulación de meros formalismos o actos procesales insolventes; por el contrario, lo que debe deslindarse son los presupuestos o criterios exigibles a los sujetos procesales, a efectos de satisfacer las formalidades de la actividad jurisdiccional. Paralelamente, según lo preceptuado en el texto normativo, se demanda al operador de justicia el pleno conocimiento de los elementos integradores de los puntos controvertidos; en cambio, todo ello se torna una

quimera jurídica, ya que, se patenta exageradamente en las sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales, mayores errores con la correlación de los hechos controvertidos expuestos por las partes. Empero, la determinación clara y precisa de los puntos controvertidos, es una fase del proceso civil inherente a ella, en otras palabras la materialización efectiva de aquella comprende previamente el examen exhaustivo de los hechos descritos por el demandante y demandado, para así evaluar los medios probatorios aportados por las partes, y continuar *–según la estipulación normativa–* con la admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

Las explicaciones vertidas en estos apartados, y a tenor de lo precisado en el código adjetivo, las partes procesales marchan horizontalmente, en compañía de quien la conduce (el juez), en el proceso civil cumpliendo con cada una de las etapas procesales, sin omisiones, nulidades o vicios que afecten su trámite natural. No cabe duda de que el saneamiento procesal es una etapa procesal determinante y decisoria para eludir cualquier especie de perturbación procesal; la conclusión de la etapa postulatoria cierra el ciclo purificador de los actuados, para dar paso a la determinación de los puntos controvertidos, a efectos de garantizar decisiones jurisdiccionales propensas a afianzas la democratización de derechos constitucionales de los justiciables.

Lo que concierne a la fijación de puntos y saneamiento probatorio es objeto de regulación legal en el artículo 468 del Código Procesal Civil, conforme al cual:

- ✓ Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos.
- ✓ Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de

admisión o rechazo según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos (esto último no significa otra cosa sino el saneamiento probatorio)

- ✓ Sólo cuando la actuación de los medios probatorios admitidos lo requiera, el juez señalará día y hora para la realización de la Audiencia de Pruebas. La decisión por la que ordena la realización de esta audiencia o se prescinde de ellas es impugnada sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida.
- ✓ Al prescindir de esta Audiencia (de pruebas) el juez procederá al juzgamiento anticipado (del proceso), sin perjuicio del derecho de las partes a solicitar la realización de informe oral.

Para Hinostroza Minguez (2010b) los puntos controvertidos implica:

Además de fijar el juez los puntos controvertidos, y según se colige del artículo 468 del Código Procesal Civil, resolverá lo concerniente a la admisión o rechazo de los medios de prueba ofrecidos por las partes (lo que implica el saneamiento probatorio), si los hubieran (pues, pues tratarse de una causa de puro derecho, en la que no hay necesidad de ofrecer y actuar ningún medio probatorio, o estarse en el caso de que, pese a ser la cuestión debatida de hecho, no existe necesidad de actuar medio de prueba alguno, como cuando la declaración de rebeldía del demandado causa presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda). Sobre esto último, cabe señalar que en la resolución que admite la demanda o su contestación o cualquier otro escrito en el que se aporte medios de prueba, éstos simplemente se tiene por ofrecidos, lo que no implica su calificación (en la que se determinará la pertinencia o impertinencia y la procedencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos, declarándose así su admisibilidad o inadmisibilidad), la misma que tendrá lugar cuando se fije los puntos controvertidos, pues es en este estado del proceso que se produce (conjuntamente) el saneamiento probatorio (mediante el cual, insistimos, el juez declara la admisión o rechazo de los medios de prueba suministrados por partes).

La fijación de la controversia, implica no solo una simple etapa más del proceso, sino que una vez postulado, el juez fija cuáles serán los lineamientos sobre los que va a dirigir el proceso y la prueba correspondiente. Por ello, reviste de una trascendencia para el futuro del

proceso, lo que permite establecer las premisas del razonamiento de la sentencia; en efecto, si estas están mal planteadas, el resultado será erróneo. De ahí, la importancia trascendental de la fijación de los puntos controvertidos para la salud y desarrollo del proceso. La práctica jurisdiccional en el sistema procesal peruano ha deformado este tema, en especial al tornarlo casi como un requisito formal de repetir las pretensiones y contrapretensiones, para librar la parte imaginativa de los jueces al momento de sentenciar. Este ritual formalista no solo desnaturaliza la institución procesal de fijación de la controversia, sino que representa un grave peligro, pues por las características de inestabilidad de nuestro sistema judicial; en tanto, es común apreciar que no siempre el juez que fijó la controversia será el mismo que la sentencie. Por ello, el juez de fallo necesariamente se remitirá a esta etapa para poder argumentar su decisión; por lo que al advertir una imprecisión al respecto, el riesgo de un error de motivación, es más que probable. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 222)

2.4.2. Elementos previos a la fijación de la controversia

La fijación de los puntos controvertidos es un acto procesal, es la secuencia lógica y derivada de actos procesales de determinación previa; es decir, se presenta no de modo espontáneo por la libre voluntad de las partes o del juez, sino que forma parte de un estadio secuencial del proceso y es el último de la etapa postulatoria del mismo, empero, esto comienza con la demanda, emplazamiento, contestación y saneamiento. A su vez, es la que da apertura al siguiente estadio de la etapa probatoria; lo que implica que la postulación probatoria dependerá exclusivamente, de la forma como se fijan los puntos de controversia para el desarrollo activo del contradictorio; esto es, la actuación probatoria. De ahí la importancia de una acertada y adecuada fijación de los puntos materia de controversia. En efecto, una errada apreciación del juez respecto de lo controvertible, no solo distorsiona la formulación de las premisas en la decisión de la sentencia, sino que actuará pruebas no idóneas para lo que se pretenda resolver. En consecuencia, se gastará esfuerzo y energías innecesarias en actos

procesales que irremediablemente conllevarán a la anulación del proceso, lo que aleja de la eficacia en la tutela jurisdiccional requerida. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 223)

Dos Santos Bedaque (2010: 114) sostiene:

Que el examen de la controversia y la solución de la crisis de derecho material dependen de la regularidad del instrumento, y así surge el primer dogma de la ciencia procesal: hay requisitos sin los cuales el proceso jamás produce el efecto que se espera de él.

Por su parte, Salas Villalobos (2013 diciembre: 223) acota:

Por el contrario, una adecuada apreciación de la controversia materia de discusión, no solo facilitará la labor del juez, sino que implicará la eficacia de los principios de economía y celeridad procesal, porque se centrará el esfuerzo del contradictorio en puntos específicos y no en los difusos.

2.4.2.1. Relación jurídica sustantiva

Vendría a ser la relación de los sujetos antes de recurrir a la tutela jurisdiccional; donde el conflicto de intereses entre ambos, tiene relevancia jurídica pero aún no es sometido al fuero jurisdiccional. Ahora bien, la trascendencia de la relación inter individuos necesariamente debe ser jurídica. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 223)

2.4.2.2. Conflicto de intereses

Definida o identificada la relación jurídica material o sustantiva, corresponde al juez determinar si realmente existe contraposición entre las partes para apreciar la probable presencia de un conflicto en sus intereses materiales.

Según Salas Villalobos (2013 diciembre: 224) acota:

La concepción doctrinaria de conflicto de intereses para el sometimiento a la tutela jurisdiccional, pasa por diversas definiciones. Sin embargo, destacamos la planteada por Panduro Meza al indicar que interés es la correspondencia que existe entre una necesidad específica y el bien apto para satisfacerla, y la misma autora citando a

Carnelutti refiere que conflicto intersubjetivo de intereses es la situación que se presenta cuando dos sujetos distintos identifican un mismo bien como apto para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, queda claro que no cualquier conflicto intersubjetivo de intereses es apto de ser sometido a la tutela jurisdiccional. Solo aquellos de trascendencia jurídica merecerán tal atención. Panduro Meza vuelve a citar en su tesis a Carnelutti al especificar esta cualidad jurisdiccional, al indicar que el objeto de la tutela secundaria “jurisdiccional” es el conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión discutida o resistida; denominando a este fenómeno, litis, para distinguirlo del objeto de la tutela primaria. Como puede apreciarse de tal concepción, la característica del conflicto intersubjetivo de intereses para que sea tal, requiere de la discusión o resistencia que formulan las partes involucradas en esos intereses sea de carácter jurídico. Por tanto, es cuando se presentan esas características, el momento en que se materializa el conflicto propiamente dicho. En efecto, al contestarse una demanda, el emplazado puede allanarse a ella, con lo cual nunca existirá conflicto sometido a un contradictorio para motivar una decisión. La intervención jurisdiccional se limitará a la ejecución del producto del consenso producido en el allanamiento. Por el contrario, cuando se formula la resistencia a la pretensión originaria al contestarse la demanda, es donde in stricto nace el conflicto, o a decir de Carnelutti, nace la litis.

Es deber del juez, apreciar la concurrencia de intereses contrapuestos sobre un mismo bien jurídico y el intento del titular de primar sobre el interés del otro, que a su vez resiste el interés ajeno. No obstante, está obligado a tener el debido cuidado en la identificación de estos intereses jurídicos, tanto en la forma de su pretensión como de su resistencia. Esta atención debe ser objetiva e íntimamente ligada a la relación jurídica procesal que vincula a las partes. Por ende, evitar todo tipo de distracción en intereses derivados, subsecuentes o que surjan de los intereses originarios, ya que estos solo se producirán una vez resuelta la litis. La pretensión indemnizatoria será una consecuencia de lo que se determine respecto de la validez y vigencia del contrato o su resolución. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 224-225)

2.4.2.3. Incertidumbre jurídica

Es responsabilidad del juez, advertir si existiendo un conflicto de intereses, se puede generar un estado grave de incertidumbre, que ocasione la indefinición o suspenso en dicha relación. Esta situación de

suspense, puede ocasionar la lesión de las consecuencias en la ejecución de la relación jurídica con el perjuicio evidente de quien aparezca como diligente; por lo que, no solo se hace imperiosa la acción de la tutela jurisdiccional, sino su oportuna eficacia. En ese contexto, puede definirse como la falta de convicción o reconocimiento social en torno a la vigencia o eficacia de un derecho; en otros términos, la incertidumbre jurídica deja en suspense los actos derivados de ese estado de cosas. En consecuencia del conflicto de intereses de las partes, el juez tiene la responsabilidad de resolver esa incertidumbre con la respuesta más adecuada, que ponga fin el conflicto de los intereses contrapuestos. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 225)

Dos santos Bedaque ha intentado demostrar que el empleo inadecuado de la forma de la técnica procesal, es uno de los grandes responsables por la demora del proceso, pues lo transforma en un instrumento al servicio del formalismo estéril, no del derecho material ni del ordenamiento jurídico justo. Por su parte Barbosa Moreira sostiene que la efectividad del proceso abarca también el problema social, representado por la capacidad de “vehicular las aspiraciones de la sociedad como un todo y de permitirles la satisfacción por medio de la Justicia”, así como por la aptitud de proporcionar a los miembros más pobres de la comunidad la persecución judicial de sus intereses en pie de igualdad con los dotados de mayores posibilidades, no solo económicas, sino también políticas y culturales. Si bien la postura de Barbosa Moreira se acerca a una concepción de la función jurisdiccional del siglo XX del sistema de justicia como administración en lugar del concepto contemporáneo del siglo XXI de impartición en el cual se eliminan las clases sociales y de poder; no obstante en nuestras sociedades latinoamericanas aún se advierte con clara notoriedad, aquella influencia. Por lo tanto, el postulado del autor portugués, mantiene su vigencia. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 225)

2.4.3. Saneamiento Procesal para fijar la controversia.

Del mismo modo que las etapas de la postulación, la probatoria y la resolutoria son fundamentales en el proceso, la de saneamiento también lo es. Por el contrario, luego de postulado aquel, resulta imprescindible que el juzgador fije su mira y atención, sobre lo que deberá tratar. La definición del objeto del proceso, solo puede hacerse si el juzgador cuenta con la habilidad

técnico procesal, de identificar aquellos elementos de trascendencia que merezcan ser analizados y tratados por completo en su interior. Pues bien, todo aquel elemento que no tenga o guarde relación de importancia con aquellos, deberán ser expulsados de la *litis*, en merito a que es un mecanismo de distracción del juzgador sobre lo que realmente deberá trabajar. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 226)

El Principio de expurgación, cristaliza la facultad del juez para resolver *in limine* todas las cuestiones que entorpezcan el proceso y la solución final. Ahora bien, en una perspectiva integral, el Principio de Expurgación, si bien es esencial para el saneamiento del proceso propiamente dicho, lo vemos también en la admisión de los medios probatorios, sobre todo en el proceso civil peruano. Así, mediante una buena postulación del proceso y un adecuado saneamiento de los elementos del mismo, el juez posee la amplia facultad para desestimar aquellas pruebas que no estén vinculadas a la relación jurídica sustantiva. El juez centrará su atención en las pruebas esenciales y principales, más no aquellas que no posean la trascendencia al caso concreto. No obstante, esta selección debe ser debidamente razonada y motivada; es decir, el juez deberá explicar convincentemente el motivo de su selección y por qué se aparta de los otros medios probatorios, así como la graduación de su intrascendencia procesal. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 226-227)

Salas Villalobos (2013 diciembre) acota:

Retornando a la dimensión del saneamiento procesal, agregaremos que este Principio de Expurgación no solo resolverá las incidencias, cuestiones previas y excepciones, sino que será un remedio preventivo para evitar las posteriores nulidades de algún acto procesal que pueda haber quedado pendiente. En efecto, de acuerdo a la teoría de las Nulidades en el Derecho Procesal contemporáneo, se han incorporado ciertas técnicas tendientes a lograr la eficacia de la tutela jurisdiccional, erradicando el formalismo extremo que era consecuencia lógica de la escriturización del proceso, mediante el cual se incorporaban una serie de incidencias inoportunas y posteriores a la identificación de la postulación del proceso. Esta evolución procesal ha incorporado el Principio de Convalidación de los actos procesales. Previo a ello, se hablaba en doctrina de la llamada nulidad

relativa, cuestionándose *¿cómo un acto que es nulo, incluso nulo de pleno derecho, puede ser convalidado?*. La respuesta fue dada precisamente con el desarrollo del saneamiento a través de la importancia de la validación de los actos en esta etapa; por lo que en un sistema oral de audiencias (como lo fue el proceso civil antes de la vigencia de la Ley 29057) difícilmente podían presentarse vicios de tal magnitud que anularan el proceso o parte de él. Es decir, en la oportunidad del saneamiento, las partes están prevenidas que ante cualquier observación de validez, deberán invocarla en ese momento o en la estación previa que corresponda. Pasado ese momento, el proceso queda saneado y las partes no podrán invocar vicios procesales que omitieron en su debida oportunidad. El Principio de Convalidación precisamente apunta a que las partes, producido el saneamiento, validaron la salud del proceso. (p. 227)

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia señala:

Que en tal sentido, la declaración de nulidad de un acto procesal requerirá la presencia de un vicio relevante en la configuración de dicho acto (principio de trascendencia), anomalía que debe incidir de modo grave en el natural desarrollo del proceso, es decir, que afecte la regularidad del procedimiento judicial. Por lo tanto, la declaratoria de nulidad de un acto procesal viciado, únicamente procederá como última ratio, pues de existir la posibilidad de subsanación (principio de convalidación) por haber desplegado los efectos para el cual fue emitido, sin afectar el proceso, no podrá declararse la nulidad del mismo. (Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente No. 00294-2009/PA/TC)

2.4.3.1. Características

Según Salas Villalobos (2013 diciembre: 228-229) las características vendrían a ser los siguientes:

A. Acto procesal de exclusivo y trascendental protagonismo del juez

A través de ella, el juez posee la autoridad suficiente para establecer las reglas del proceso, solo el juez podrá desarrollar esa función que le es propia, donde someten a las partes al *jus imperum*; asimismo, esa autoridad deberá ser ejercida bajo las normas de la justicia, que finalmente es lo que las partes buscan a través del reconocimiento de sus derechos. Por ende, la

importancia del protagonismo judicial en la conducción de los procesos, siendo el saneamiento procesal una estación más que apropiada para ello.

B. Desarrollo de técnica procesal

Es necesario que el juez, cuente con una amplia técnica de la apreciación de los elementos que conforman la relación jurídica procesal como son: justa causa, presencia del derecho, personería y cuestiones previas y/o excepciones. Pues bien, hoy en día el juez tiene mayor libertad de acción haciendo valer su autoridad de protagonismo jurisdiccional objetivo. Roque Komatsu liga las formas procesales a la necesidad de orden, certeza y eficiencia del procedimiento, que representan la garantía del desarrollo regular del proceso y del respeto a los derechos de las partes.

En el nuevo Derecho Judicial, implica que los jueces son adiestrados en el dominio de estas técnicas, las que en la práctica se aprecian en mayor rigor en el desarrollo de las audiencias. Empero, es imprescindible que el operador judicial posea amplio dominio por ejemplo en la conducción de una audiencia, en la cual no solo deberá mantener la atención de las partes, sino que deberá mantener el control de la misma, impidiendo que los litigantes o sus abogados sean los que pretendan conducir la audiencia con dominio escénico. En tal sentido, el conocimiento de las normas procesales, es un instrumento relevante para el desarrollo de esta técnica; pero más importante, es el conocimiento de su significado para los fines del proceso; esto es, el entendimiento pleno de que es lo que busca la norma procesal.

C. Preventivo de la teoría de las Nulidades

En teoría esto representa el primer y único estadio procesal para la invocación de vicios que acarreen nulidades ulteriores; salvo incidencias referidas a hechos o pruebas nuevas. Téngase en cuenta, que la finalidad del saneamiento procesal, además de curar el proceso en plena marcha, también lo es de prevenir futuras enfermedades que lo invaliden, de manera que lo que no se objetó en el estadio oportuno, simplemente precluye y no hay posibilidad de tratarlo posteriormente; salvo la excepción que prevé el Principio de Trascendencia.

Hoy en día, la práctica procesal ha introducido nefastas costumbres dilatorias que entorpecen la secuela del proceso. Esto implica el uso de herramientas impropias que desnaturalizan todo principio tendiente a lograr la armonización de los intereses en conflicto. Desafortunadamente, el avance en el sistema procesal peruano con la oralización, ha dado más que un paso atrás con la incorporación de una serie de reformas normativas que han devuelto la práctica escrita, y con ello, las malas costumbres que esto acarrea.

D. Posibilita la conclusión anticipada del proceso

Al margen de las formas típicas de la conclusión anticipada del proceso, la norma procesal prevé la posibilidad de concluir el proceso de manera anticipada por considerar que existe invalidez insubsanable en la relación procesal, para lo cual el juez deberá precisar los defectos que determinen esa invalidez (conforme al art. 465 del código procesal civil). Pues bien, en mérito a la trascendencia de los vicios procesales se puede determinar su convalidación o anulación respectiva. En efecto, la oportunidad del saneamiento del proceso es de vital importancia para hacer

una revisión de los elementos que condicionan la relación jurídica sustantiva o material, para determinar la relación jurídica procesal; como se verá más adelante.

En tal sentido, si el juez considera que no es posible ligar ambas, o que no existe forma o manera de arribar a la segunda por algún defecto sobreviviente, no lo quedará más remedio que dar por concluido el proceso sin pronunciamiento de fondo. Una especie de ingravidez procesal absoluta, en el sentido que el cuerpo (el proceso) carece de peso (ausencia de elementos procesales) y por tanto desaparecen las fuerzas gravitatorias que lo mueven o impulsan (etapas o impulso procesal).

2.4.3.2. Objetivo

El saneamiento, no es un formalismo meramente procesal, es una institución que se orienta a un fin específico: la solución razonada, motivada y justa del conflicto; la determinación del interés predominante por el derecho y la consolidación de la seguridad jurídica esperada; por tanto, la eliminación de la incertidumbre originariamente postulada. Bajo ese razonamiento, los objetivos del saneamiento deben orientarse a fijar las bases que sostengan al proceso y con ello dar paso a la fijación de la controversia de manera específica. Estas bases, estarán en consecuencia orientadas en primer lugar a fijar la relación jurídica procesal, en el sentido de superar la comprobación de la calificación del contenido jurídico de las pretensiones de las partes, que constituyen la relación jurídico sustantiva o material. Al ingresar a la tutela jurisdiccional para la solución del mismo conflicto de intereses, muta la relación jurídica sustantiva o material, en procesal; ello, por cuanto será a través del proceso que se declarará la pertinencia o no de sus posiciones jurídicas. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 230)

2.4.3.3. Saneamiento procesal según la jurisprudencia

Aquí se manifiesta el pronunciamiento de la jurisprudencia en lo referente al saneamiento procesal:

“... El proceso se declaró saneado y las excepciones ya han sido resueltas por lo que no puede formularse un nuevo cuestionamiento a la relación procesal...” (Casación Nº 3804- 2000 / Lambayeque, publicación en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2001, págs. 7352-7353).

“... Después del declarado saneado el proceso, conforme a la doctrina procesal mayoritaria, ya no cabe la denuncia de un vicio que invalide la relación jurídica procesal, como lo sería el acto de notificación de la demanda...” (Casación N ro. 199- 2000 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-08-2000, pág. 5697).

“... Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la existencia de una relación judicial procesal válida, precluye toda petición referida directa o indirectamente, a la validez de la relación citada, (...) en consecuencia, la sentencia de vista no podía declarar nulo todo lo actuado e inadmisibile la demanda, cuando las partes habían convenido en que existía una relación procesal válida...” (Casación Nº 166-95 / Lima, Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19-10-1996, pág. 2349).

“... La preclusión procesal que opera con el saneamiento, no puede ser removida por argumentos distintos [...] a los que han motivado la resolución que declara infundadas las excepciones, sino que tiene que fundamentarse en forma especial, detectad la existencia de nulidad en ésta, para hacer aplicable la última parte del artículo ciento setentaiséis del Código Procesal Civil [sobre declaración de oficio de las nulidades insubsanables], ya que de lo contrario, prevalece lo dispuesto en su numeral cuatrocientos setentaiséis [del C.P.C.]...” (Casación Nº 219-98/ Huaura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-04-2001, pág. 714)

“... Siendo el saneamiento un acto procesal que fija las bases para que se establezca una relación jurídica procesal válida, el mismo dada su trascendencia no puede ser subsanado en los términos del artículo 172 del Código Procesal Civil, pues es aplicable el artículo IX del Título

Preliminar del Código acotado que establece que las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario, que para el caso sub examen no existe ...” (Casación N ro. 833-2004 7 Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-05-2005. Pág.14053).

2.4.4. Base Legal de la fijación de puntos controvertidos

Código Procesal Civil.

Artículo 468^o (Primer párrafo) Fijación de los puntos controvertidos y saneamiento probatorio.

Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al juez por escrito, los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes, el juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión ó rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos.

La norma se ubica en la sección correspondiente a la Postulación del Proceso, donde se establecen las reglas básicas y genéricas del mismo; y posterior a la etapa de saneamiento. Con ello, habiéndose logrado la sana postulación de la *litis*, y conociéndose a plenitud las pretensiones y contrapretensiones, y definidas las cuestiones previas y excepciones que puedan interrumpir la secuela del juicio, corresponde al juez fijar objetivamente la controversia. Esta norma concede a las partes, la iniciativa que sean estas las que señalen los puntos controvertidos; empero, la norma no define que son los puntos controvertidos, por lo que se presume que el legislador ha considerado dejar su definición al libre albedrío de las partes, o bien que ella está implícitamente contenida en la demanda y su contestación. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 230).

Por su parte, Salas Villalobos (2013 diciembre: 231) considera:

En el primer caso, podemos soslayar que siendo el proceso civil a impulso de parte, son estas las que proponen todos los objetos materia de la controversia y que in stricto forman parte del conflicto. Es decir, siendo las partes en conflicto las que han generado una situación litigiosa por haber producido hechos de trascendencia jurídica que deben ser definidos en sede jurisdiccional, les corresponde a ellas mismas señalar cuales son los objetos discordantes de ese conflicto a fin de que sean sometidos a una apreciación imparcial y objetiva por el juez. Esta apreciación formaría parte de una teoría

liberal del concepto de la controversia litigiosa; de ahí que se permite a las partes sin restricción normativa alguna, la iniciativa de propuesta de los puntos controvertidos sobre los cuales va a versar el objeto del proceso. Adviértase que la fórmula normativa en efecto, no condiciona de manera alguna, la forma en que las partes puedan proponer la fijación de la controversia. Queda a criterio irrestricto de ellas. La Doctrina, no recoge esta tesis.

En el caso de la definición implícita, nos remitimos a la exposición de los dichos de las partes en lo pertinente a los Fundamentos de Hecho que cada una de ellas expone. Al efecto se tiene que tanto demanda como contestación, inician su planteamiento con los fundamentos de hecho en que se sustentan cada una de ellas. Esta fórmula expositiva, no debería originar mayor complejidad, pues en esencia debería ser la narración de los antecedentes del conflicto mismo de acuerdo al accionar de cada una de las partes. La narración de lo sucedido, *in stricto* debería ser uniforme. Un hecho se produjo o no se produjo. La forma como se puede producir un hecho no debe variar, pues es el origen de una consecuencia jurídica. La postulación de la controversia no versa sobre los hechos materiales, sino en los hechos subjetivos; aquellos que las partes han producido con su propia conducta. No se discutirá si concluyó el contrato de arrendamiento, sino cuales fueron las causas que llevaron a una situación de inestabilidad contractual y cual fue el grado de responsabilidad de las partes; ello para proceder a resolver la pretensión o contrapretensión como declarar la conclusión efectiva del contrato o su vigencia. en consecuencia, la forma en que estos hechos subjetivos son producidos por las partes mediante su conducta previa a la ocurrencia de una consecuencia jurídica, se encuentran implícitamente en sus fundamentos de hecho. tales fundamentos propiamente implican la justificación o excusa de su conducta previa a la generación del conflicto, y por tanto resulta evidente que deben ser opuestas. No queda más que el juez extraiga tales puntos discordantes de sus exposiciones de hecho, para que pueda centrar la controversia. esta teoría determina que contrariamente a la corriente liberal, ya no serán las partes las que propongan la fijación de los puntos controvertidos, sino le otorga preeminencia al Juez para que de modo objetivo extraiga las discordancias en la justificación de las conductas de las partes.

Montero Aroca (2013: 259) acota que la función que las partes desean dar al proceso es indiferente, porque el Derecho no puede regular que finalidad concreta persigue una parte con la utilización del proceso. La fórmula legal del Código Procesal Civil peruano, le concede al juez la potestad de prescindir de la propuesta de las partes, para que sea él quien finalmente plantee el objeto de la controversia. En tal sentido, la potestad de iniciativa

de las partes, queda supeditada a la determinación objetiva del juez. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 232)

2.4.5. Fijación de la controversia

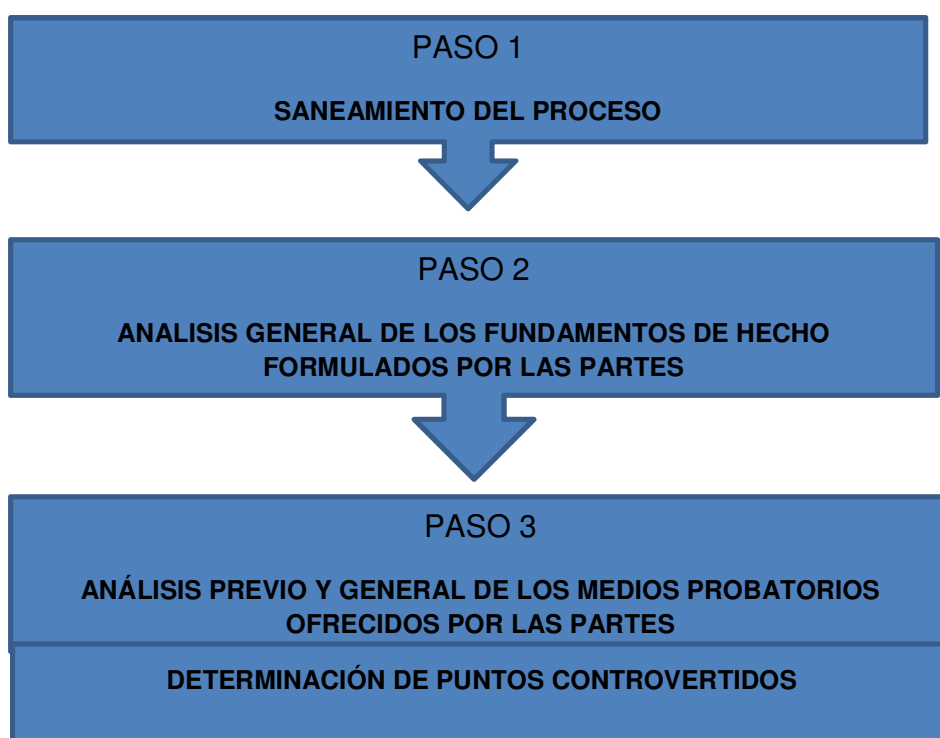
La fijación de la controversia, es consecuencia positiva del saneamiento del proceso. Se llega a este estado, cuando se han cumplido los objetivos del saneamiento procesal. En efecto, son los hechos controvertidos los únicos sobre los que se llevará a cabo el debate procesal, ya que los hechos no controvertidos, se tendrán por ciertos y no cabrá discusión sobre ellos. Tal como refiere Ovalle, solo requieren de prueba los hechos afirmados que sean a la vez discutidos y discutibles; quedando excluidos de prueba los hechos confesados, los notorios, los que tengan en su favor presunción legal, los irrelevantes y los imposibles. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 232)

En ese razonamiento, la consecuencia lógica correspondiente a la fijación de la controversia, se funda en un íntimo vínculo con el saneamiento procesal, en virtud del cual el juez, a través de un estricto filtro, selecciona las pruebas recabadas por las partes confrontadas, procediendo providentemente a su exclusión o admisión y así llevar a cabo expeditamente la síntesis resolutive del proceso civil, en mérito, a las pretensiones expuestas y los medios de prueba ofrecidos para acreditarlas.

Resulta sumamente discrepante que para los operadores de justicia del Perú, a instancias de la evolución en materia procesal civil, no se hayan establecido métodos, técnicas o uniformidad de criterios que coadyuven a determinar acertadamente los puntos controvertidos, puesto que estos configuran la médula viva del proceso civil e implican el móvil más eficiente y predominante para la resolución de conflictos intersubjetivos de intereses.

La subsistencia del controvertido, estriba en algunos factores anómalos que desemboca la administración de justicia peruana, lacónicamente se trata de la excesiva carga procesal de los órganos jurisdiccionales civiles y, coetáneamente, en el desentendimiento provocado por el juez *–a quo* en general– que, en suma, están estimulando desnaturalizadamente la razonable apreciación de los medios probatorios ofrecidos, lo que conlleva a una combatible creación de sentencia justa. Por consiguiente, la creación de estrategias metódicas para la determinación de los puntos controvertidos constituirá una vía procesalmente saludable para las partes y un mecanismo de eficacia jurídica para resolver conflictos con categoría discrecional y autónoma.

A continuación, los criterios técnicos que deben tenerse en cuenta y establecerse, para la determinación de puntos controvertidos:



Ahora bien, los tres (03) pasos detallados, establecerán un adecuado modelo para la determinación de los puntos controvertidos en los procesos civiles. Bajo esa línea crítica sería necesaria la implementación y contemplación normativa de aquella, teniendo en cuenta que actualmente se advierte la elaboración de fallos judiciales con múltiples y disímiles características de anormalidad, inaplicación de la sana crítica y máximas de la experiencia, falta de motivación escrita e interpretación de la norma jurídica, deficiencia en la correlación de la parte expositiva y considerativa, entre otras. En base a ello, sucede que ha despertado abundante interés de la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional por llevar a cabo revisiones con debida precaución.

En otro orden de ideas, los jueces siguen incurriendo en incongruencias procesales y deterioros razonables, por cuanto transitan hacia el error de sentenciar en base a medios probatorios irrelevantes e insuficientes de credibilidad y logicidad, lo que fecundiza un producto denominado sentencia, incoherente con los hechos controvertidos y subyugantemente atentador para los derechos de los justiciables.

En este sentido, consideramos pertinente señalar algunos presupuestos en los cuales una inadecuada fijación de puntos controvertidos han llevado a jueces a emitir pronunciamientos erróneos e incluso vulnerando normas sustantivas:

CASACIÓN Nº 395-2007 SANTA (expedida por la Sala Civil Permanente, publicada: 03.09.2007) Los puntos controvertidos son los que van a ser materia de prueba...resultando una situación diferente la pretensión demandada, que es la consecuencia o efecto jurídico que se pretende luego de haberse acreditado los puntos controvertidos que son materia de prueba (...) En ese mismo sentido, se afirma (...) **La fijación de puntos controvertidos no constituye la exposición de las pretensiones de las partes en el proceso; por el contrario la fijación de los puntos controvertidos consiste en la enumeración de los puntos sobre los cuales existe discrepancia, o no existe acuerdo entre las partes;** precisión que resulta fundamental en el proceso a efectos del desarrollo de la actividad probatoria (...)

En este caso, como es de colegirse de la casación antes dispuesta, en donde se señala que la alegación del juzgador de que el límite de su juzgamiento está supeditado a la fijación de los puntos controvertidos, lo cual coincidimos por lo referido por el tribunal supremo, que dependerá de los hechos expuestos en la demanda y en la contestación, además, debe evaluarse la relación procesal existente entre las partes, en las distintas etapas en la que corresponda calificarlas; siendo de extrema importancia que la razonabilidad se encuentre vinculada a la actividad probatoria durante el proceso.

CAS. Nº 2642-2006 Madre de Dios. (...) la Fijación de Puntos Controvertidos (...) No constituye la exposición de las partes en el proceso; por el contrario (...) la fijación de Puntos Controvertidos (...) consiste en la enumeración de los puntos sobre los cuales existe discrepancia, o no existe acuerdo entre las partes; presión que resulta fundamental en el proceso a efectos del desarrollo de la actividad probatoria.

En la antecedente casación civil

CAS. Nº 3738-2010 TACNA. Divorcio por causal de separación de hecho. Lima, siete de octubre del año dos mil once.- "...infracción normativa de derecho procesal y material: a) La recurrida infringe lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil, de estricta aplicación a los hechos materia de controversia, pues refiere que el decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para la recurrente, ocasionado por culpa del demandante, quien no logró consolidar una familia estable, razón por la cual los órganos de instancia debieron emitir pronunciamiento sobre la existencia o no de un cónyuge perjudicado, pues para el caso de autos es la impugnante a quien le corresponde una indemnización por los daños sufridos conforme a la citada norma; por consiguiente, alega que la sentencia de vista viola los principios relativos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; b) Al emitirse la citada resolución, los órganos inferiores han incurrido en arbitrariedad fáctica y jurídica por cuanto no han examinado en su conjunto los medios probatorios aportados, consistentes en los expedientes sobre violencia familiar, alimentos y tenencia: además, sostiene que no hizo abandono del hogar conyugal, ni cometió adulterio, por lo tanto es la cónyuge perjudicada como consecuencia de los maltratos físicos y psicológicos infringidos por el hoy demandante, y por dicha razón se produjo la separación de hecho de ambas partes, al verse forzada a vivir en otro inmueble de la sociedad conyugal en compañía de sus menores hijos, lo cual no ha sido compulsado en los presentes autos. (...) En primera instancia, el Juez se limitó a aplicar el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, relativo a un elemento de procedibilidad de la demanda, y

guardó silencio sobre los aspectos antes referidos; estos aspectos fueron advertidos en el recurso de apelación, y la Sala Superior al absolver el grado estableció que la indemnización no había sido solicitada por la demandada, por ello no fue considerada en los puntos controvertidos, y consideró que en caso establecerse los mismos de oficio, se generaría indefensión.

En el caso precedente, se corrobora la necesidad del cumplimiento y/o observancia de los criterios técnicos propuestos, pues independientemente de no haberse determinado como punto controvertido la indemnización, no se tuvo en cuenta los medios probatorios ofrecidos y correspondían a pruebas necesarias y determinantes. Al respecto, es necesario precisar que la observancia de los criterios técnicos propuestos, no pueden ser consideradas como un adelanto de opinión que invalide el proceso, pues lo que se está determinado es la base para el desarrollo eficiente del proceso, quedando pendiente la actuación de las pruebas, cuya valoración motivará adecuadamente la emisión de una sentencia. Los criterios propuestos, buscan generar mayor conocimiento de los procesos y que estos sean debidamente revisados por los operadores judiciales responsables, y que no se generen errores que prolonguen indebidamente los procesos o que las sentencias emitidas no puedan ser debidamente ejecutadas.

En las sentencias antes referidas se parecía una constante inaplicación de normas sustantivas, generadas por un incorrecto análisis de los medios probatorios ofrecidos y una falta total de orden en la determinación de puntos controvertidos. Cabe señalar además, la incorrecta determinación de puntos controvertidos, esto genera la emisión de sentencias incoherentes, como consecuencia, las Salas Superiores de Justicia incurren en errores, dejando de lado los hechos controvertidos importantes y medios de prueba relevantes.

Bajo ese razonamiento, convendrían a una adecuada emisión de fallos debidamente motivados y conforme a la realidad, dando por fin una solución justa a las controversias judiciales.

2.4.5.1. Elementos

La actividad judicial, ejercida por el operador de justicia, importa la valoración de los hechos fundados y contrapuestos por las partes, además, la valoración conjunta de los medios probatorios en armonía con las máximas de la experiencia y la sana crítica. En efecto, la actividad probatoria no acarrearía transgresión ni desequilibrio de las normas adjetivas –*contenidas en el Código Procesal Civil*– si se produce con antelación a la determinación de los puntos controvertidos. Por ello, Ledesma Narváez (2014: 244) acota que el saneamiento procesal es a primera sentencia de contenido procesal que se pronuncia sobre la validez de la relación procesal entablada, a fin de evitar vicios en la actividad jurisdiccional. Por su parte, Dos Santos Bedaque (2010: 114) señala, que el examen de la controversia y la solución de la crisis de derecho material dependen de la regularidad del instrumento, surge entonces el primer dogma de la ciencia procesal: hay requisitos sin los cuales el proceso jamás produce el efecto que se espera de él. En este sentido, consideramos necesario que la etapa de saneamiento se realice adecuadamente, estableciéndose la existencia de una relación jurídica procesal válida que permita el análisis del fondo de la controversia.

La fijación de la controversia, como institución procesal, posee una serie de cualidades como garantía de la ciencia procesal, esto confirma la utilidad de su razón de ser; todo ello orientado a un resultado de carácter objetivo, cual es la solución del conflicto jurídico empleando todas las garantías del Debido Proceso procesal y el sustantivo. Por el contrario, cualquier otro ente que pretenda alcanzar el grado de cientificidad procesal que no satisfaga al menos las cualidades de naturaleza, características, elementos, formas, clases o tipos en su

caso, no podrá alcanzar el rango de institución procesal. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 233)

Como bien lo afirma Salas Villalobos (2013 diciembre: 233) el juez deberá identificar ciertos elementos como son:

- ✓ La discusión resultante de las opiniones contrapuestas entre dos o más sujetos de derecho;
- ✓ El contenido jurídico del objeto de la discusión;
- ✓ Identificar que los hechos expuestos por las partes tengan relación con el objeto jurídico de la discusión;
- ✓ Interpretar los efectos o naturaleza de tales hechos para establecer cuáles serán objeto de probanza, y
- ✓ Identificar los intereses jurídicos en conflicto para orientar el tratamiento probatorio a una solución jurídicamente sostenida en el Derecho.

Como puede apreciarse, los elementos mencionados, son el resultado ordenado, secuencial y lógico de la postulación inicial que se hizo a la demanda (pretensión) y su contestación (contra pretensión), y luego de haber determinado los elementos previos a la fijación de la controversia y procedido al saneamiento procesal como producto de la identificación de sus características y objetivos. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 233)

2.4.5.2. Formas

La forma en cómo se establecen la fijación de la controversia, obedece principalmente a la necesidad de ubicar la mejor fórmula para identificar el caso concreto y la solución más acertada. En este escenario, el juez debe tener especial cuidado de no confundir la tendencia jurisprudencial de casos símiles que orillan una opinión predeterminada a manera de prejuzgamiento. Es usual en la práctica judicial, que se presenten casos símiles en los que se recurre a la técnica jurisprudencial preestablecida a través de resoluciones o ejecutorias uniformes o plenos jurisdiccionales; lo cual constituye la Doctrina Jurisprudencial. El Juez,

no debe centrar en la pretensión o contrapretensión, pues ello suele deformar la determinación de las premisas sobre las que el juez va a trabajar la prueba para arribar a la conclusión. Así lo fijó el Pleno Jurisdiccional Civil del Poder Judicial peruano de 1997, al dejar en claro que puntos controvertidos no equivalen a pretensión controvertida. (Salas Villalobos, 2013 diciembre: 233)

Como bien lo sostiene Salas Villalobos (2013 diciembre: 234)

El riesgo de no seguir esta guía, puede acarrear una errada postulación de premisas, la cual lleva necesariamente a un error de congruencia en la resolución final por falta de motivación interna por invalidez de una inferencia. Adicionalmente a lo tratado, y a efectos de seleccionar los elementos probatorios más adecuados al caso concreto, el juez deberá apreciar las causas que derivaron en el conflicto, es decir, cuáles fueron las circunstancias que derivaron en la situación del conflicto jurídico. tales causas deben tener contenido jurídico sobre el cual, el juez deberá pronunciarse. Asimismo, postular la concurrencia de elementos o presupuestos necesarios que determinan una situación jurídica protegida por el Derecho, como en el caso de las sentencias declarativas. Pero más que la simple concurrencia de tales presupuestos, de preferencia lograr identificar si la parte que invoca el reconocimiento del derecho ha ejercido actos jurídicos que conllevan la satisfacción de los mismos, sobretodo, de buena fe. En obligaciones contractuales por ejemplo, determinar si las partes cumplieron con sus obligaciones pactadas o por el contrario, cuál de ellas incumplió primero, en el caso de las obligaciones con prestaciones recíprocas; pero sobre todo porque causas incumplió y si tales causas son o no excusables. En cuanto a pretensiones patrimoniales, si concurren los requisitos de mejor derecho de propiedad por justo título, fecha cierta, buena fe, posesión, disposición, etcétera; antes que postular si el demandante posee o no mejor derecho a la propiedad propiamente dicha. Si en las prescripciones adquisitivas de dominio se han cumplido los presupuestos de posesión continua, permanente, interrumpida, personal, pública, de buena fe o no; antes de postular que el demandante ha adquirido por prescripción la propiedad demandada. Son solo algunos ejemplos que la amplia gama de controversias se presentan día a día en nuestros Tribunales, pero que a duras penas son identificados como corresponde a la salud del proceso.

2.4.6. La fijación de puntos controvertidos en la jurisprudencia

La corte Suprema de justicia de la República, en la relación a la fijación de puntos controvertidos (Hinostroza Minguez, 2010b), ha establecido lo siguiente:

- ✓ “... Los puntos controvertidos son aquellos que resultan de los hechos expuestos por las partes y guardan relación necesariamente con lo que es materia del proceso, esto es, con el petitorio de la demanda ...” (Casación Nro. 3057-2007 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04- 09 – 2008, págs.. 23099 – 23100).
- ✓ “... Son puntos controvertidos las contradicciones a las pretensiones fijadas por el demandante, en el petitorio de la demanda, por consiguiente, no puede haber punto controvertido si éste no ha sido fijado en el petitorio de la demanda...” (Casación Nro. 3052-2003 / Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-05-2005, págs.14180-14181).
- ✓ “Los puntos controvertidos son los que van a ser materia de prueba [...], resultando una situación diferente la pretensión demandada, que es la consecuencia o efecto jurídico que se pretende luego de haberse acreditado los puntos controvertidos que son materia de prueba ...” (Casación Nro. 395-2007 / El santa, publicada en el Diario Oficial E Peruano el 03-09-2007, págs. 20392-20393).
- ✓ “... La fijación de los puntos controvertidos es aquella etapa procesal en la que [...] deben incluirse todas las controversias surgidas entre las partes sobre los hechos relevantes para la solución de la litis...” (Casación Nro. 1732-2006/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, págs. 19816-19817).
- ✓ “... Los puntos controvertidos son utilizados por los magistrados como los lineamientos sobre los cuales deberá pronunciarse en la sentencia que resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses...” (Casación Nro. 1470-02 / Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2003, pág. 9950).
- ✓ “... La fijación de los puntos controvertidos no son sino lineamientos que el juzgador debe reparar, para cuando [sic – léase para que cuando] tenga que valorar los medios probatorios, ajuste su decisión a éstos...” (Casación Nro. 2114- 2004 / Cusco, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 02-06-2006, págs. 16276 – 16277).
- ✓ “... La estación procesal en la que se fijan los puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean estos facticos o de derecho, derivados de los hechos que motivaron la litis o

de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, por lo que resulta erróneo sostener que cuando se fijan los puntos controvertidos aquellos corresponden únicamente a los que serán materia de probanza...” (Casación Nro. 838-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19222-19224).

- ✓ “... La fijación de puntos controvertidos [...] no constituye la exposición de las pretensiones de las partes en el proceso; por el contrario [...] la fijación de los puntos controvertidos [...] consiste en la enumeración de los puntos sobre los cuales existe discrepancia, o no existe acuerdo entre las partes; precisión que resulta fundamental en el proceso a efectos de desarrollo de la actividad probatoria...” (Casación Nro. 2642-2006 / Madre de Dios, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-07-2007, pág. 19662).
- ✓ “...La fijación del punto controvertido no es, procesalmente, un condicionante absoluto e inmodificable de la litis, sino una línea directriz que permita a los magistrados no desvincularse del tema central de la controversia...” (Casación Nro. 2460-2006 / Santa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03-09-2007, págs. 20308 – 20310).
- ✓ “...Son los hechos los que van a ser objeto de los medios probatorios, son los hechos los que van a ser materia de probanza. En consecuencia, si la parte demandada no cumple con contestar la demanda, el juez no puede establecer las discrepancias entre los hechos alegados por las partes y, por ende, no le es factible precisar los puntos controvertidos...” (Casación Nro. 742 – 2003 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-08-2005, págs. 14497 – 14498).
- ✓ “... La fijación de un punto controvertido no impide ni limita al juzgador pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda y contestación no considerados, siendo su único límite el previsto en el artículo VII del título Preliminar del Código Procesal Civil, según el cual el juez no puede ir más allá del petitorio ni fumar su decisión en hechos diversos a los que han sido alegados por las partes ...” (Casación Nro. 838-06 / Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02-04-2007, págs. 19222-19224).
- ✓ “... Si bien este Tribunal Supremo ha establecido [...] que la fijación de puntos controvertidos no impide al juzgador pronunciarse sobre los demás extremos de la demanda y la contestación, que no fueron considerados en los puntos controvertidos, ello no quiere decir que el razonamiento explicado en aquel proceso debe aplicarse en abstracto a la generalidad de los casos que son sometidos al control casatorio. Por el contrario, en la aplicación del deber de motivación de las resoluciones judiciales [...] y a efecto de reguardar la congruencia procesal, el juzgador necesariamente deberá exponer las razones por las que emite pronunciamiento respecto de un extremo de la demanda, o de la contestación, que no ha sido considerado como punto controvertido en la etapa correspondiente...” (Casación Nro. 2428-2007, págs. 19611-19613).

- ✓ “...Si bien el juez, al no fijar los puntos en controversia, han incumplido con una de las formalidades que la Ley procesal exige, la subsanación de ésta [sic] omisión en nada influirá en el sentido de lo resuelto, por lo que en atención a los Principios de Finalidad del Proceso, Economía y Celeridad Procesal, y considerando además , que en la sentencia de primera instancia el A-quo con claridad y precisión ha detallado la pretensión demandada, la Sala Superior debió expedir resolución sobre el fondo de la materia controvertida, por lo que al no haber procedido de ese modo la sentencia recurrida adolece de error en el procedimiento...” (Casación Nro. 334-2005 / La Libertad, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 04-12-2006, pág.18357).
- ✓ “...La fijación de puntos controvertidos no determina la litis, sino la pretensión y la oposición a ésta, por ello, aun cuando no se haya fijado [...] el juez debe limitarse a resolver la defensa de las partes...” (Casación Nro.1466-2005 /Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, págs., 17897-17898).
- ✓ “...Las instancias de mérito no han resuelto los puntos fijados como controvertidos [...], incurriendo en la causal de nulidad prevista y sancionada por el artículo 122 [,] segundo párrafo, del Código adjetivo [C.P.C.]...” (Casación Nro.1803-2006 / San Martín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31-01-2007, pág.18620).
- ✓ “... La ley procesal faculta al juez, pronunciarse sobre la relación procesal, ya sea en el auto de calificación de la demanda, con el auto de saneamiento, o en la misma sentencia, por lo que mal puede alegarse que por haberse fijado los punto controvertidos, el juez se encuentre obligado a pronunciarse sobre el fondo de la litis...” (Casación Nro.2793-2006 /Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30-11-2006, pág.17804)

2.4.7. La fijación de los puntos controvertidos en el proceso civil en países latinoamericanos

2.4.7.1. México

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (MEXICO)

Consideración Legislativa en cuanto al Derecho de Acción

ARTICULO 1º.- Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o

constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.

La acción es el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional. (CODIGO FEDERERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 09-04-2012)

Objeto del Proceso

El objeto del proceso es el litigio planteado por las dos partes, conforme se observa además que establece el sistema acceso jurisdiccional para ambas partes.

Contenido para la emisión de una sentencia:

ARTICULO 222°.- Las sentencias contendrán, además de los requisitos comunes a toda resolución judicial, una relación sucinta de las cuestiones planteadas y de las pruebas rendidas, así como las consideraciones jurídicas aplicables, tanto legales como doctrinarias, comprendiendo, en ellas, los motivos para hacer o no condenación en costas, y terminarán resolviendo, con toda precisión, los puntos sujetos a la consideración del tribunal, y fijando, en su caso, el plazo dentro del cual deben cumplirse.

La sentencia contiene, en su parte considerativa, conclusiones y a las opiniones del Tribunal, resultado de la confrontación entre las prestaciones y las resistencias, y también a través de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de la controversia.

Procedimiento para la fijación de Puntos Controvertidos

No registra una etapa o procedimiento a seguir para la determinación de puntos controvertidos en el sistema federativo mexicano.

2.4.7.2. Colombia

Consideración Legislativa en cuanto al Derecho de Acción en el Derecho Colombiano

ARTÍCULO 2º. INICIACION E IMPULSO DE LOS PROCESOS. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio. (...)

La acción, mediante el cual se eleva una solicitud al aparato judicial del Estado para que resuelva una determinada cuestión, se refleja de manera preponderante con lo que se denomina la demanda que es el escrito que la contiene y que debe comprender, no sólo el ejercicio de ese derecho de acción, sino lo que con ella se pretende, en procura de que el funcionario decida lo que resulte pertinente, es lo que denominaría como aquella potestad jurídica (acción) en un acto concreto formal denominado demanda y que representa aquella forma de tutela judicial concreta.

Objeto del Proceso

Se observa una ritualidad procesal compleja ya que se comporta para una misma oportunidad la evacuación de cuatro actuaciones por parte del juez:

- ✓ Conciliación
- ✓ Saneamiento
- ✓ Decisiones de
- ✓ Excepciones previas y,
- ✓ Fijación del litigio

Contenido para la emisión de una sentencia:

Art. 304.- Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1. Num. 134. Contenido de la sentencia.

En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen. (...) (...) La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades

que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

Procedimiento para la fijación de Puntos Controvertidos

No puede haber en materia procesal civil sentencias *extra petita* (por fuera de lo pedido) o *ultra petita* (más allá de lo pedido), porque ellas deben estar en consonancia con lo pedido, probado y excepcionado.

2.4.7.3. Argentina

Consideración Legislativa en cuanto al Derecho de Acción en el Derecho Argentino

El actor deduce demanda en la cual efectúa las afirmaciones de hechos jurídicamente relevantes y sobre la base de las cuales solicitará la tutela del derecho que invoca. Luego, el demandado puede contestar la demanda ejerciendo de esta forma su derecho de defensa, en el plazo de diez días

Objeto del Proceso

El juez tiene el deber de intervenir activamente en la audiencia preliminar, y el conocimiento del expediente, lo que le permitirá aclarar junto con las partes los hechos litigiosos.

Contenido para la emisión de una sentencia:

Artículo 163: SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA.-
ARTICULO 163. La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:
1 La mención del lugar y fecha.

2 El nombre y apellido de las partes.

3 La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.

4 La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior.

5 Los fundamentos y la aplicación de la Ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

6 La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.

La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

7 El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución.

8 El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inciso 6. 9 La firma del juez.

La sentencia por tanto debe responder al principio de congruencia (que como ya se ha referido debe entenderse como aquella relación decisión – pretensión del juzgador), en plenitud y vastedad. El juez debe resolver sobre la base de los hechos fijados en los escritos de la etapa introductiva, teniendo en cuenta los que efectivamente han sido acreditados por las partes y deberá contener decisión expresa sobre cada uno de los puntos sometidos a su decisión.

Procedimiento para la fijación de Puntos Controvertidos

En el caso de esta legislación no existe una etapa o procedimiento a seguir para la determinación de puntos controvertidos como es de apreciarse en la forma de emisión de sentencia en primera instancia la misma deberá valorarse en relación a las pretensiones de la demanda y de ser el caso en la reconvención en todo o en parte.

2.5. El Principio de Congruencia Procesal

2.5.1. Noción

En virtud del principio de congruencia, las sentencias deben contener un expreso y claro pronunciamiento concerniente a pretensiones invocadas y los hechos narrados por las partes, como también, la actuación de medios probatorios que son la inspiración de los puntos controvertidos fijados por el juez. Es necesario recalcar que, el operador de justicia tiene la potestad de sentenciar en razón de los puntos demandados y probados, vale decir, que el poder Estatal embestido a aquel no debe desvirtuar o alterar los hechos ocurridos que forman un complemento consustancial de las pretensiones, ya que, por aplicabilidad de la norma procesal y los preceptos que acoge, la sentencia judicial ha de expandir un carácter sólido de identidad jurídica.

Es sintomático que, los principios que han sido dotados al Código Procesal Civil y en concordancia a los que contiene la vigente Constitución Política del Perú, destinan su aplicación concreta a cada una de las partes, es decir, mientras dura el proceso civil las partes procesales despliegan actos procesales que se subsumen a los preceptos procesales; de manera que, si se hace referencia a la valoración de prueba como principio por excelencia del juez, este encuentra soporte jurídico en el precitado código, coligiéndose que la legislación peruana se inclina hacia el sistema de la libre valoración de la prueba, que tiene por objeto explicar motivadamente los razonamientos en el que funda su decisión, parametradas por la sana crítica y reglas de la máximas de la experiencia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que por el principio de congruencia procesal el juez está exonerado de alegar más allá del petitorio, ni fundar su decisión judiciales en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; sobre todo el fundamento que circunda el precepto exige obligatoriamente a los magistrados un pronunciamiento puntual e integral de todos los puntos controvertidos fijados

en el proceso civil, y de todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos procesales en la fase postulatoria o medios impugnatorios.

Por su parte, el máximo intérprete de la norma, el Tribunal Constitucional del Perú, en abundante jurisprudencia creada, ha resaltado enfáticamente que el principio de congruencia está supeditado al deber de garantizar legítimamente el derecho reconocido constitucionalmente a los justiciables, en alusión a la motivación escrita de las resoluciones judiciales. En suma, el juez por más cauteloso que sea en el proceso civil, tratara de ejercer una actividad procesal eluctable de posible vulneración a los derechos de los justiciables, en tanto, si el principio de congruencia se somete a tela de juicio se convertiría en una problemática muy delicada, porque reflejaría la insuficiente capacidad de administrar justicia, y pro sobre todo ello, la estigmatización de derecho de defensa y debido proceso, que a la postre configuran derechos de vigencia prolongada en el tiempo.

Como bien lo refiere Veramendi Flores (2010 Mayo) al acotar lo siguiente:

Por el principio de congruencia el juez no puede darle a una parte más de que éste pide (*ne eat iudex ultra petita partium*). Según este principio, si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada, en consecuencia, les pertenece a las partes, por ello el juez no puede ir más allá de lo que le piden y discuten las partes. Por tal razón, el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda. Sin embargo, este impedimento no se presenta cuando el juez le otorga menos de lo demandado, dado que tal declaración se habrá expedido cuando, por ejemplo, estime que el demandante no probó todos los extremos de su pretensión. Si no se produce esta identidad —*entre lo pedido por las partes y lo concedido por el juez*— se habla de una decisión judicial incongruente. Al respecto, cabe mencionar que los derechos que se discuten en los procesos de familia no son de naturaleza privada, pues una de las características del Derecho de Familia es su inalienabilidad, según el cual el sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio. El estado de familia no puede ser modificado, ni alterado, ni cedido por su titular, ni ser transmitido por voluntad de éste a terceros. No es renunciable.

2.5.2. Excepciones al principio de congruencia

Como bien lo refiere Veramendi Flores (2010 Mayo) existe excepciones al principio de congruencia, y es cuando el juez resuelve una pretensión que no fue demandada, siempre que la misma este referida a una acumulación legal accesoria; por ejemplo: art. 24º del Código Civil (cese del derecho de la mujer a llevar apellidos del marido), art. 66º (declaración de ausencia aun cuando se haya demandado la muerte presunta), 353º (perdida de derecho hereditario), 358º (cuando el juez declara la separación de los cónyuges aun cuando se hubiera demandado el divorcio), 220º (declaración de nulidad de acto jurídico por el juez, cuando resulte manifiesta), 1985º (pago de interés legal) del Código Civil, etc.

2.5.3. Clases de incongruencia objetiva

Según Veramendi Flores (2010 Mayo), son los siguientes:

- a. ***Citra petita***: la decisión final del juez no se pronuncia sobre algunas de las pretensiones propuestas por las partes o sobre algún punto controvertido;
- b. ***Extra petita***: la decisión final del juez se pronuncia sobre un pedido o pretensión no propuesta por las partes, esto es, se pronuncia sobre algo que no fue discutida en el proceso por las partes. Se admite excepciones, como el caso de la acumulación legal accesoria;
- c. ***Ultra petita***: la decisión final del juez otorga más de lo que realmente pidieron las partes, basado en un criterio cuantitativo.

2.6. El Tercer Pleno Casatorio Civil

2.6.1. Reseña al Tercer Pleno Casatorio civil

Muchos de los procesos elevados ante la Corte Suprema vía de en Casación, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los Juzgados y Salas Especializadas en temas de Familia están resolviendo con criterios distintos y contradictorios los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente en torno a la indemnización prevista en el art. 345-A Código Civil (El 3PCC se llevó a cabo 18.03.2011. Véase en Cas

N° 4664-2010-Puno). De esta manera se ha evidenciado en el análisis de las Casaciones N° 5106-2009-Lima, 1585-2010-Lima, y 5512-2009-Puno, entre otras.

García Briceño (2014: 18) lo reseña:

El caso que dio lugar al 3PCC, René Huaquipaco Hanco interpone demanda para que se le declare el divorcio por causal de separación de hecho. Por consiguiente, la suspensión de los deberes relativos al lecho, habitación, y del vínculo matrimonial; y solicita accesoriamente un régimen de visitas para con sus menores hijos. De la misma manera el cónyuge demandante sostiene que contrajo matrimonio con la demandada Catalina Ortiz Velasco, el 06 de diciembre de 1989 ante la Municipalidad Provincial de Juliaca. Durante su matrimonio procrearon cuatro hijos.

La demandada contesta la demanda y formula reconvencción para que el demandante la indemnice por daño moral y personal, y le pague por concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de 250,000 Nuevos Soles. Del mismo modo, la demandada alega que sufrió agresiones físicas y verbales por parte del demandado. Asimismo, que el demandante se llevó diversos bienes de la sociedad conyugal, incluyendo dinero ahorrado, y finalmente indica que se encuentra con problemas de salud.

De este modo, en la sentencia de primera instancia, se declaró FUNDADA la demanda de divorcio por causal de separación de hecho; en consecuencia, DISUELTO el vínculo matrimonial celebrado entre las partes, FENECIDO el régimen de sociedad de gananciales, ORDENÁNDOSE la inscripción en el Registro Personal; FUNDADA la pretensión del régimen de visitas; FUNDADA en parte la reconvencción sobre indemnización de daño moral. En consecuencia ORDENA que el demandante indemnice a favor de la demandada la suma de 10,000 Nuevos Soles.

El demandante interpone Recurso de Apelación. En efecto, respecto al extremo que declara fundada en parte la reconvencción sobre indemnización por daño moral. En la misma línea, alega que la demandada promovió la separación, que no lo apoyó, en sus estudios en forma exclusiva, y que prestó alimentos sin necesidad de exigencia judicial.

En la sentencia de segunda instancia, la Sala Superior CONFIRMÓ la sentencia apelada; igualmente en el extremo que declaró FUNDADA la reconvencción sobre indemnización y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de 10,000 nuevos soles. No obstante, REVOCARON la sentencia en el extremo que declaró fundada la pretensión de régimen de visitas; igualmente, REFORMÁNDOLA declararon sin objeto de pronunciarse por sustracción de la pretensión en el ámbito jurisdiccional; INTEGRANDOLA declararon el cese del derecho de la mujer a llevar el apellido del cónyuge y la pérdida del derecho hereditario entre las partes.

Posteriormente, el demandante interpone recurso de casación, en el extremo que declaró fundada la reconvencción sobre la indemnización, y ordena que el demandante indemnice a la demandada con la suma de 10,000 nuevos soles.

En la misma línea, dicho recurso se sustentó por aplicación indebida del artículo 345- A CC y por contravención al artículo VII del Título Preliminar del CPC, considerando la Sala Suprema conceder el recurso de casación en el primer extremo.

Finalmente, el recurso de Casación interpuesto por el demandante es declarado INFUNDADO de conformidad con el artículo 397 CPC.

En la referida Casación, se constituyen como PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE (Quiroga León, 2012: 19 y ss.), las siguientes reglas:

- a) En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros donde el Juez tiene facultades tuitivas. En consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte (Rioja Bermúdez, 2011: 55-56) congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones (Pérez Ríos, 2008: 53). En atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos. 4 y 43 CP que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. (García Toma, 2005: 147)
- b) En los procesos sobre divorcio, y de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A CC, donde en su fundamento jurídico 50, establece:
 - (...) ha establecido los criterios para determinar cuando el cónyuge es más perjudicado y son los siguientes:
 - a. El primero que, no haya dado motivos para la separación de hecho.
 - b. El segundo que, a consecuencia de esa separación ha quedado en una manifiesta situación de menoscabo y desventaja

material con respecto al otro cónyuge y a la situación que tenía durante la vigencia del matrimonio.

- c. Finalmente el tercero es que, haya sufrido daño a su persona, incluso el daño moral.

En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. De la misma forma, el daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

- c) Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, a pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como expresión accesorio o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado (Hinostroza Minguez, 2010b: 555). El pedido también es procedente después de los actos postulatorios:

1. En la misma línea, de oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que, la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En consecuencia, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.
2. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados. (Carrión Lugo, 2000: 532)

3. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes , en la medida que, se haya formulado y probado la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.
 4. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso⁶⁰, particularmente el derecho de defensa de las partes (STC N° 0282-2004-AA/TC, F. J. 3.), el principio de contradicción y, el derecho a la instancia plural.
- d) Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí (Hinostroza Minguez, 2010: 274). El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: El grado de afectación emocional o psicológica, la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar. Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado, y si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes.
- e) El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado. Siempre que, la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte

considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del CPC.

- f) La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es, corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí. Su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.

2.6.2. La solución propuesta por el tercer pleno casatorio

Según el criterio de Veramendi Flores (2010 Mayo), en el aspecto procesal se ha fijado como precedente vinculante, las siguientes reglas:

3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

3.1. A pedido de parte, podrá formular tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesorio o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

3.2. De oficio, el juez de primera instancia se pronunciara sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

3.4. En todo caso, el Juez se pronunciara sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. 3.5. En el trámite señalado, se garantizara el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

[...]

5. El Juez Superior integrara la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o

inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil [...].

2.6.3. La pretensión procesal en el derecho de familia, según el tercer precedente vinculante

Para Veramendi Flores (2010 Mayo), la pretensión en un sentido jurídico, sólo requiere la auto-atribución de un derecho o la afirmación de tenerlo, lo que presupone una situación de hecho que lo origina, sin consideración a que se halle conforme con el ordenamiento jurídico. Este criterio, es el que habría asumido el pleno casatorio en la pretensión procesal, acumulada de indemnización derivada de los procesos sobre divorcio por causal de separación de hecho y se tiene según el argumento Veramendi Flores (2010 Mayo) lo siguiente:

A. A pedido de parte

- a. ***En la demanda o reconvención:*** la parte que se considera más perjudicada por la separación de hecho, puede acumular en el petitorio como pretensión accesoria la indemnización o adjudicación preferencial de los bienes sociales.
- b. ***Después de los actos postulatorios y en cualquier estado del proceso:*** las partes están habilitadas para alegar y solicitar expresamente indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. En estos casos, el juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos el referido a los perjuicios.

B. De oficio en la sentencia

- a. ***Alegado o expresado de alguna forma los hechos, en la demanda, incluso, después de los actos postulatorios:*** el juez puede fijar de oficio en la sentencia una indemnización o

adjudicación a favor de uno de los cónyuges, siempre que éste haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos a su condición de cónyuge más perjudicado con la separación de hecho o con el divorcio en sí.

2.6.4. El principio de congruencia en el derecho de familia, según el tercer pleno casatorio: fundamentos

Se tiene los siguientes:

A. El Derecho de Familia en el Estado Democrático y Social de Derecho

La promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos, es una de las características del Estado Social de Derecho, esto implica brindar especial protección a la familia, cuyos derechos materiales, deben influir y modular el tipo de normatividad procesal (célere), la naturaleza de la tutela jurisdiccional (especialmente efectiva y muchas veces urgente), que hagan viable esta promoción y protección. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

En ese escenario, Veramendi Flores (2010 Mayo) refiere lo siguiente:

La Constitución Política impone al Estado y a la comunidad el deber de brindar especial protección a los niños, adolescentes a los ancianos y madres en situación de abandono, también se extiende esta protección a la familia y al mismo matrimonio. Por eso, las normatividad relacionada a derechos, deberes y obligaciones derivados de relaciones de familia (Código de los Niños y Adolescentes, Código Civil y el Código Procesal Civil) están inspirados en la cláusula compleja de Estado Democrático y Social de Derecho, acogiendo el principio de igualdad material sobre igualdad formal, la socialización del proceso, el principio del interés superior del niño y del adolescente, las facultades tuitivas del juez en procesos donde se ventilan derechos sobre familia, especialmente referidos a niños, ancianos y madres abandonadas moral o materialmente, entre otros. Dentro de este contexto, existe la necesidad de implementar mecanismos procesales que permitan la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales. Pues, si bien es cierto que las relaciones derivadas del vínculo conyugal o parentesco, se tratan de relaciones

privadas, también lo es que están dominadas por normas de orden público, destinadas a impedir la desnaturalización de los fines familiares. Coligiéndose que las normas de derecho de familia además de ser de derecho privado son también de orden público, y hacen que conlleven características especiales, tales, como la limitación del principio dispositivo, asignación del proceso de conocimiento, la competencia de los órganos en materia civil, el reconocimiento del litisconsorte pasivo, la intervención del Ministerio Público, entre otros. En cuanto a la limitación del principio dispositivo, se debe tener presente que a diferencia de los procesos en los cuales se dilucida el interés privado, en los procesos de estado donde prevalecen los poderes del juez, fundado en el interés social comprometido, que hace que las facultades de las partes se limiten o supriman.

B. El principio de socialización en los procesos de familia

El Código Procesal Civil obliga al juez promover la igualdad material con la finalidad de emitir una sentencia objetiva y justa. En especial, en los procesos de familia donde una de las partes es notoriamente débil y sensible. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

C. Función tuitiva del juez en los procesos de familia

La idea del derecho procesal de familia, es entendida, como aquél destinado a solucionar oportunamente los conflictos que en la esfera de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte vulnerada, esto es hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc.; por lo que, el juez debe tener siempre una conducta conciliadora y sensible, que supere los formalismos y las meras cuestiones técnicas, reservando la confrontación como *ultima ratio*. Estos conflictos condicionan al legislador y al juez para regular procesos que respondan a esa naturaleza, evitando el exceso de ritual y la ineficacia del instrumento procesal; en consecuencia, por un lado, el proceso tendrá una estructura con componentes con componentes flexibles y, por otro lado, el juez de familia tenga amplias facultades tuitivas, para hacer efectivos aquellos derechos. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

D. Flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia

Al respecto Veramendi Flores (2010 Mayo) acota:

Estos principios deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia, y particularmente, en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, respecto de la indemnización. Por eso, cuando el juez decide los pedidos o petitorios implícitos no infringe el principio de congruencia, pues de acuerdo a la facultad tuitiva del juez, debe tener en cuenta el tipo de problema que se aborda en un proceso de familia, en muchos casos, conflictos íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar el derecho a la dignidad. Si en el proceso de divorcio por separación de hecho, la parte interesada en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerar esta manifestación de voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural. El pedido o petitorio implícito es considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia. La flexibilización de estos principios también se observan en los procesos laborales y contencioso administrativo.

E. Flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia

El proceso de familia tiene como excepción la inaplicación del principio dispositivo o de iniciativa de parte; en consecuencia, se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso. Una de esas potestades es de integrar el petitorio, pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento, porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Por ende, el juez de familia está facultado, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido, podrá hacerlo hasta el momento de fijar puntos controvertidos; particularmente podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales.

La flexibilización del principio de congruencia en nuestro ordenamiento procesal civil, admite casos de acumulación tardía y acumulación tácita, conforme se verifica de la última parte del artículo 87º del Código Procesal Civil, que establece: (i) si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento del proceso: (ii) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

Por el principio dispositivo las partes deben formular el petitorio de pago de indemnización o la adjudicación en el proceso acumulados al proceso sobre divorcio por causal de separación de hecho, sea en los actos postulatorios o en cualquier estado del proceso. Sin embargo, la orientación publicística del proceso civil exige por lo menos alegar hechos relativos al perjuicio sufrido. Si ninguno de los cónyuges ha peticionado expresamente la indemnización o adjudicación, entonces será suficiente que uno de ellos, en su escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho, lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes, por ende, el juez debe emitir pronunciamiento en decisión final.

La forma como las partes del proceso de divorcio introducen sus alegaciones, el principio de congruencia debe flexibilizarse al punto que no será imprescindible que el cónyuge expresamente peticione la indemnización en la demanda o en vía reconventional; por el contrario, será suficiente que alegue hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado y que la otra parte tenga razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio contradictorio.

El juez debe interpretar la demanda y, en su caso, la contestación de la demanda, debe determinar la naturaleza de la pretensión del actor o de las defensas del demandado, el tipo de providencia jurisdiccional peticionada y sus bases fácticas. En consecuencia, él debe analizar los hechos relevantes y petitorios formulados por las partes en sus respectivos actos postulatorios, para orientar el debate de la controversia, la producción de la prueba y el contenido de una decisión justa.

Tratándose del tipo de demanda de divorcio que analizamos, el juez debe interpretar la demanda o la contestación, entre otros, debe determinar si se ha formulado expresamente la pretensión indemnizatoria o la adjudicación de bienes. Si ello no ha ocurrido, entonces debe examinar y determinar si la parte *–demandante o demandada–* implícitamente ha solicitado se le indemnice por los perjuicios que haya sufrido a raíz de la separación de hecho,

exponiendo al efecto hechos concretos y claros sobre el tema. Será suficiente, por ejemplo, que alegue que a raíz de la separación se desatendió la obligación de alimentos, por lo que tuvo que formular demanda para el pago de la obligación de alimentos a favor de sus hijos y ella. En caso contrario, si no confluyen los elementos de convicción necesarios, el juez se pronunciara sobre la inexistencia de aquella condición. Estos hechos también pueden ser alegados después de los actos postulatorios. En tal hipótesis, el juez tiene el deber de considerar en la etapa correspondiente como uno de los puntos controvertidos, el referido a los perjuicios. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

Ahora bien, en la interpretación de la demanda y de la contestación es aplicable los principios *pro pretensor* y *favor processum*, salvo en casos muy excepcionales, como ocurre en la prescripción extintiva, pero en vía interpretación no puede ser considerada. En consecuencia, los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, se interpretan en su integridad, asimismo, se puede interpretar las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios; por tanto, cabe preguntarnos: *¿hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio?* En principio pueden hacerlo hasta el momento de fijación de los puntos controvertidos, con el propósito de que el juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia, particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. Empero, cabe posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, en tal caso, debe seguir ciertas reglas con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural; en suma, debe respetarse las reglas mínimas del debido proceso. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

2.6.5. El pedido implícito en el derecho de familia, según el tercer pleno casatorio

El petitorio implícito, es la alegación de hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho, que se encuentra contenido en el escrito postulatorio respectivo (demanda o contestación, según sea el

caso), como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes. Por ello, en la interpretación de la demanda y de la contestación, son aplicables los principios *pro pretensor* y *favor procesum*, salvo casos muy excepcionales. En consecuencia, se produce una interpretación integral de los textos de la demanda y contestación de la demanda en el divorcio, asimismo, puede interpretarse también las alegaciones que hicieran los litigantes con posterioridad a tales actos postulatorios. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

Por tanto, es asertivo lo dicho por Veramendi Flores (2010 Mayo) al sostener:

¿Hasta qué momento pueden las partes alegar hechos relativos al perjuicio? En principio pueden hacerlo hasta el momento de la fijación de puntos controvertidos, con el objeto de que el juez los incorpore dentro de los puntos que van a ser materia de controversia y particularmente de prueba y de pronunciamiento judicial. No obstante ello, cabe aún la posibilidad de que las partes puedan alegar tales hechos en cualquier estado del proceso, pero en tal caso, debe seguirse ciertas reglas mínimas razonables, con el fin de preservar el derecho de defensa, el contradictorio, el derecho a la instancia plural; en suma, debe respetarse las normas mínimas del debido proceso. En este orden de ideas, el juez debe correr traslado a la parte contraria para darle oportunidad de pronunciarse sobre esos hechos y de presentar la prueba pertinente. Si ya llevo a cabo la audiencia de pruebas, la prueba pertinente que ofrezca la parte interesada será de actuación inmediata, con el fin de evitar dilaciones y conductas maliciosas, sin perjuicio de la prueba oficio que el juez pueda disponer para identificar al cónyuge más perjudicado y establecer la entidad de los perjuicios si fuera el caso. De esta forma se garantiza el derecho al debido proceso de ambas partes con relación al tema de los perjuicios, a la vez que se armoniza el trámite y resultado del proceso con la normas de derecho de familia, se flexibiliza los mencionados perjuicios procesales en el marco del Estado democrático y social de Derecho que reclama nuestra Carta Política y, por tanto, se garantiza una especial protección al matrimonio y a la familia, en particular a la familia monoparental que resulta de consecuencia del divorcio.

La pretensión implícita se deberá verificar sobre los “alegatos” que realicen las partes, pues no existe pedido o petitorio expresa. A partir de allí, se verificada los medios probatorios que la sustenten, además de verificar que no exista renuncia expresa del cónyuge perjudicado.

Elementos para la declaración de oficio por la indemnización. Son: (a) se haya alegado o manifestado los hechos configurativos del perjuicio; (b) los

medios probatorios consten en el proceso; (c) no exista renuncia expresa del interesado.

Según el pleno casatorio, dado que la indemnización regulada por el art. 345-A del Código Civil es un mandato imperativo, el juez debe pronunciarse sobre la misma. Por eso, si no hay pretensión deducida en forma (acumulada en la demanda o en la reconvención), por lo menos debe haber alegación de hechos concretos de la parte interesada referente a los perjuicios sufridos, y que la contraparte tenga oportunidad razonable de contradecirlos para que el juez pueda pronunciarse en la sentencia sobre la estabilidad económica de la parte afectado.

Supuestos en el cual no está obligado a pronunciarse de oficio por la indemnización: (a) si no se identifica al cónyuge perjudicado; (b) si no existe elemento probatorio, indicio o presunción de ello. En este caso, deberá declarar la improcedencia de la indemnización en el caso concreto; pues no existe ninguna base fáctica, además que se vulneraría el derecho de defensa y contradicción de la parte afectada, consiguientemente el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

2.6.6. La acumulación según el tercer pleno casatorio

Si bien es cierto, que el tercer pleno casatorio no es claro en establecer en qué tipo de acumulación nos encontramos, se puede inferir que el artículo 345-A del Código Civil, impone al juez el deber de pronunciarse sobre el cónyuge perjudicado o la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad de gananciales, se trata de una acumulación objetiva implícita, tácita o legal, conforme al último párrafo del artículo 87 del Código Procesal Civil. (Veramendi Flores, 2010 Mayo)

En ese contexto Veramendi Flores (2010 Mayo) acota:

En realidad los problemas de familia resultan tan sensibles, que consideramos que debe darse un concepto amplio al concepto de acumulación objetiva implícita, pues debe proceder aún en casos no previstos en la ley, por ejemplo, en aquellos conflictos donde exista la necesidad de pronunciarnos sobre una situación jurídica que es relevante para un menor. Proponemos a modo de ejemplo, un caso de impugnación de reconocimiento de paternidad, en el cual el reconocimiento quedará sin efecto, por ende, el menor se quedará sin apellido paterno, situación donde existe la “necesidad” de pronunciarse sobre la verdadera filiación biológica del menor, dado que resulta una medida favorable al menor, de no ser así, no debería ampararse la demanda.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1. Tipo y Método de la Investigación

3.1.1. Tipo

El enfoque de esta investigación es de carácter dogmático – jurídico civil, de tipo descriptivo y/o explicativo; lo mismo que está orientado a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema materia de análisis, como es la confusión en la elaboración de los puntos controvertidos.

3.1.2. Método

Los métodos de investigación científica que se utilizarán son:

- a) **Método Dialéctico.** Este método permitirá estudiar la realidad del mundo objetivo, del tratamiento que se brinda, en la fijación de los puntos controvertidos.
- b) **Método Comparativo.** Este método permitirá comparar los fenómenos que el derecho procesal civil encierra, en especial incidencia sobre la correcta fijación de los puntos controvertidos y su confusión, con la pretensión y contestación de la demanda.
- c) **Método de Análisis y Síntesis.** Mediante este método se logrará obtener los fundamentos de la pretensión procesal, la fijación de los puntos controvertidos y otras instituciones jurídicas procesales.
- d) **Método hermenéutico o interpretativo.** Que permitirá interpretar las normas referentes a la pretensión y la fijación de los puntos controvertido, el cual es susceptible de interpretación jurídica.

3.2. Diseño de la Investigación

El diseño de la investigación es No Experimental, donde se analizara los cambios en las variables y de las relaciones entre estas; para ello, recolectaremos datos para hacer inferencias respecto a la debilidad de las sentencias cuando estas no son compatibles con el conflicto de intereses de las partes.

3.3. Población y Muestra

3.3.1. Población

Resoluciones emitidas por la Corte Suprema

3.3.2. Muestra

La muestra consistirá en el mayor número posible de Resoluciones emitidas por la Corte Suprema; conforme al muestreo no probabilístico denominado Bola de Nieve.

3.4. Técnicas e Instrumentos de la Investigación

3.4.1. Técnicas

Se aplicara como técnica lo siguiente:

- a) **Técnica de observación.** Siendo una técnica que se basa fundamentalmente en el proceso perceptual del observador, permitirá lograr una variedad de conocimientos acerca del tema de estudio; pues haciendo uso de los sentidos y el fichaje se logrará recolectar la información necesaria para desarrollar la presente tesis.
- b) **Técnica de análisis de contenido.** Esta técnica, mediante el uso del razonamiento, permitirá llegar al análisis cualitativo del contenido o mensaje que se transmite en el texto.
- c) **Técnica de la recopilación documentaria.** Que permitirá recurrir a diversas fuentes escritas preexistentes, las que nos proporcionará información relevante para el desarrollo de la temática de nuestra investigación, para llegar a obtener esta información haremos uso del instrumento de fotocopias, puesto que muchos de los documentos que se recopilarán requerirán ser analizados para precisar su mayor o menor validez y comprensión.

- d) **Técnica de fichaje.** Mediante el uso de fichas se logrará la recolección sistemática de información, facilitando la acumulación de material disperso en libros y revistas especializadas, permitiendo crear un banco de datos, que facilitará el proceso de abstracción, generalización y síntesis en torno al tema de nuestro trabajo.

3.4.2. Instrumentos

Se tendrá como instrumento lo siguiente:

- ✓ Libros, revistas, artículos material en digital (web site)
- ✓ Guía de Observación

3.5. Procesamiento y Análisis de Datos

En la investigación se utilizará la siguiente secuencia:

- ✓ Se recopilará el material bibliográfico y legislativo requerido relacionado con los tópicos del tema materia de estudio, debiendo ser debidamente procesado y seleccionado a través de la técnica del auxilio nemotécnico y documentario.
- ✓ Se empleará el método descriptivo en la recolección de datos a ser usados en la presente investigación, por lo que se acudirá a la tradicional clasificación metodológica.
- ✓ Se desarrollará un estudio pormenorizado de lo recolectado, a efectos de encontrar un sustento sistemático, claro y preciso de la pretensión e identificar la confusión en la fijación de puntos controvertidos.
- ✓ La validez y verosimilitud de los datos obtenidos y del análisis realizado, se sujetará a las reglas y directrices de la Lógica Formal.

CAPITULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación y Análisis de Resultados

4.1.1. Cuadro Nº 01

CASACION	CASACIÓN Nº 1308-2001 CALLAO (Publicada el 02 de enero del 2002)
Fundamentos del Recurso	La Sala mediante resolución de fecha veintiséis de junio del presente año ha estimado procedente el recurso, el mismo que se sustenta en la causal de infracción de las

	<p>formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales; vulnerándose lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, por cuanto la Sala de Revisión ha señalado en el primer considerando de la de vista que la recurrente en su escrito de contestación ha admitido los extremos de la demanda materia de cobro, dicho escrito lo único que hace es una descripción de los hechos acaecidos durante el transporte de la mercadería sub litis, sin admitirse los extremos de la demanda y mucho menos el monto de la indemnización pretendida por la accionante, ya que en la contestación mencionada la recurrente expresamente cuestionó dicho monto, tal es así que uno de los puntos controvertidos fijados por el Juez fue el de determinar la responsabilidad de la demandada y si la hubiere el monto que debe indemnizar a la demandante, por ende dicho punto controvertido debió ser analizado por el colegiado al momento de emitir sentencia, sin embargo de la revisión de la resolución cuestionada se aprecia que ésta no contiene fundamentación alguna que sustente el quantum fijado por la Sala de mérito;</p>
Fundamento Jurídico	<p>Tercero.- Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Adjetivo, así como en lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del acotado, el principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las</p>

	<p>alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios.</p> <p>(...)</p> <p>Sétimo: Que, habiéndose vulnerado los principios de motivación y de congruencia, resulta evidente la contravención del debido proceso, siendo de aplicación lo establecido en el numeral dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventiséis del Código Procesal Civil;</p>
Decisión	<p>FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos quince; en consecuencia NULA la sentencia de vista, de fojas doscientos ocho su fecha veintidós de marzo del dos mil uno; ORDENARON que la Sala de Revisión expida nueva resolución con arreglo a ley; DISPUSIERON que la presente resolución sea publicada en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por la empresa Wiese Aetna Compañía de Seguros con la Compañía Chilena de Navegación Interoceánica Sociedad Anónima; sobre obligación de dar suma de dinero</p>

Fuente: *Elaboración propia*

COMENTARIO

Como se evidencia en esta resolución que cuestiona la validez y eficacia de actos procesales; vulnerándose lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, donde uno de los puntos controvertidos no fue analizado por el colegiado y muchos menos contiene fundación jurídica. Asimismo, se advierte que la inobservancia de los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del CPC, pues bien, el principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no pueda ir más allá del

petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso. En consecuencia, se ha vulnerado los principios de motivación y de congruencia, lo que conlleva a evidente la contravención del debido proceso. Esto en merito a la inexistencia de criterios técnicos que pueda determinar con certeza la fijación de los puntos controvertidos.

4.1.2. Cuadro N° 02

CASACION	CASACIÓN N° 864-2011 JUNÍN (Publicada: 04.07.2012)
Fundamentos del Recurso	Mediante la resolución de folios cincuenta del cuadernillo de casación, su fecha diecisiete de mayo del año dos mil once, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación lea número ciento ochenta y cuatro de Huancayo representada por su Presidente Víctor Castillón Romo, por la causal de infracción normativa de carácter procesal y material.
Fundamento Jurídico	Primero.- La entidad impugnante al fundamentar el recurso de su propósito por la causal de infracción normativa procesal lo hace consistir en los siguientes agravios: i) La Sala Superior ha fallado sobre hechos no planteados en la demanda y no puede sacar conclusiones en contra de la recurrente por cuanto el

	<p>juzgado declaró fundada la oposición a la exhibición del Libro de Actas número cuatro; ii) La sentencia de vista al declarar fundada la demanda se basa en una transacción extrajudicial, la misma que no ha sido materia de demanda, ni se ha sustentado en los fundamentos de hecho de la demanda de autos, incurriendo así en incongruencia que contraviene lo dispuesto en los artículos 50 inciso 6 y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil;</p> <p>(...)</p> <p>Cuarto.- (...) En ese orden de ideas, la motivación de las resoluciones como vicio procesal, tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en este aspecto y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el Principio de la Razón Suficiente y la Motivación defectuosa propiamente dicha se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.</p> <p>(...)</p> <p>Sexto.- En cuanto a lo sostenido por la Asociación impugnante en el punto ii) de la denuncia por la causal de infracción normativa procesal, respecto de la violación al Principio de Congruencia Procesal, es menester acotar que el mismo es un precepto rector de la actividad procesal por el cual en toda resolución judicial debe</p>
--	--

	<p>existir conformidad o concordancia entre el pedido formulado por cualquiera de las partes y la decisión que el Juez tome sobre él. De este modo, se destaca la congruencia externa, la misma que se refiere a la concordancia o armonía entre el pedido y la decisión sobre éste y la congruencia interna, que es la relativa a la concordancia que necesariamente debe existir entre la motivación y la parte resolutive. Dicho principio es transcendente en el proceso, entre otros aspectos, porque la sentencia judicial tiene que respetar los límites de la pretensión toda vez que la infracción a este principio, previsto en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, determina la emisión de sentencias incongruentes.</p> <p>Sétimo.- (...) Por consiguiente, el vicio de falta de congruencia procesal denunciado en casación debe ser atendido porque lo resuelto por la Sala Superior en cuanto a este extremo no guarda correspondencia con los hechos debatidos al interior del proceso,</p>
Decisión	<p>FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ica número ciento ochenta y cuatro de Huancayo representada por su Presidente Víctor Castillón Romo, mediante escrito obrante a folios quinientos cincuenta; CASARON la sentencia de vista de fecha catorce de setiembre del año dos mil diez, obrante a folios quinientos veinticinco, expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín; ORDENARON que la Sala de mérito expida nueva resolución teniendo en cuenta los fundamentos que anteceden; DISPUSIERON la publicación de la presente</p>

	<p>resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Hebert Raúl Ruiz Ramírez contra la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ice número ciento ochenta y cuatro de Huancayo y otro, sobre Obligación de Hacer; y los devolvieron.</p>
--	--

Fuente: *Elaboración propia*

COMENTARIO

Esta resolución es cuestionada por la causal de infracción normativa de carácter procesal y material; donde los argumentos casatorios sostienen; donde en los argumentos casatorios refieren, que la Sala Superior ha fallado sobre hechos no planteados en la demanda, además, la sentencia de vista al declarar fundada la demanda se basa en una transacción extrajudicial, la misma que no ha sido materia de demanda, ni se ha sustentado en los fundamentos de hecho de la demanda de autos, incurriendo así en incongruencia que contraviene lo dispuesto en los artículos 50 inciso 6 y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil. En ese contexto, se advierte una clara violación al Principio de Congruencia Procesal. Por otra parte, en esta resolución judicial, carece de concordancia entre el pedido formulado por cualquiera de las partes y la decisión que el Juez tome sobre él, por lo que continua la emisión de sentencias incongruentes. En consecuencia, el vicio de falta de congruencia procesal trae consigo la vulnerabilidad del debido proceso, e incongruencia procesal al no existir correspondencia con los hechos debatidos al interior del proceso.

4.1.3. Cuadro Nº 03

CASACION	CASACIÓN Nº 139-2011 SAN MARTÍN (Publicada: 30-01-2012)
Fundamentos del Recurso	La Sala mediante resolución de fecha veinticinco de mayo de dos mil once, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de la infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122 inciso 3) del Código Procesal Civil que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada ; pues la demanda constituyó en nulidad de acuerdo societario, a fin que se declare la nulidad de esquila de convocatoria a junta de accionistas (...); siendo así los demandantes no han alegado ni pedido ni fundamentando la falta de quórum del Directorio ni en algún otro defecto de ese quórum, sin embargo, la Sala aludida se ha pronunciado

	<p>precisamente por esos hechos no solicitados, vulnerándose así el Principio de Congruencia Procesal.</p>
<p>Fundamento Jurídico</p>	<p>Primero.- (...) El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes.</p> <p>(...)</p> <p>Noveno.- Que, el aludido principio tiene como vicio procesal dos manifestaciones: 1) la falta de motivación y 2) la defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) motivación aparente; b) motivación insuficiente; y c) motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.</p> <p>(...)</p> <p>Décimo Tercero.- Que, sobre la base de lo expuesto se puede constatar que la Sala Superior ha transgredido el principio de congruencia procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del anotado cuerpo normativo procesal, concordado con el inciso Sexto del artículo cincuenta del mismo texto; incurriendo en un</p>

	<p>pronunciamiento extra petita, es decir, en el que el Tribunal <i>A quem</i> emite una decisión respecto de un petitorio no solicitado (nulidad de acuerdo de directorio); sustentándola en hechos no alegados por las partes, lo que acarrea ineludiblemente la nulidad de la resolución cuestionada por contravenir lo dispuesto en el artículo ciento veintidós incisos Tercero y Cuarto del Código Procesal Civil, que señala imperativamente que las resoluciones contienen los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, además de la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos. Más aún cuando el aludido Tribunal no tiene la facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda, ni sustentar en hechos no alegados por esta. En tal sentido, el principio de la congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve.</p>
Decisión	<p>(...) Declararon: a) FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada conformada por don Salvatore Lettieri, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y cinco, en consecuencia NULA la sentencia de vista contenida en la Resolución N° treinta y uno, su fecha quince de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta; b) DISPUSIERON que la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín</p>

	expida nueva resolución con arreglo a ley; c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Nicola Felice Aquilano y don Pedro Kovacic Taramona con don Salvatore Lettieri sobre nulidad de acuerdo societario y los devolvieron. Interviene como ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano.
--	--

Fuente: *Elaboración propia*

COMENTARIO

La presente resolución judicial es cuestionada, en mérito al haber infringido la normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122 inciso 3) del Código Procesal Civil, pues bien, los demandantes no han alegado, ni pedido, ni fundamentando la falta de quórum del Directorio ni en algún otro defecto de ese quórum, sin embargo, la Sala aludida se ha pronunciado precisamente por esos hechos no solicitados, vulnerándose así el Principio de Congruencia Procesal. En este contexto los fundamentos casatorios preceptúan,

que la Sala Superior ha transgredido el principio de congruencia procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del anotado cuerpo normativo procesal, concordado con el inciso Sexto del artículo cincuenta del mismo texto; incurriendo en un pronunciamiento extra petita, es decir, en el que el Tribunal *A quem* emite una decisión respecto de un petitorio no solicitado (nulidad de acuerdo de directorio); sustentándola en hechos no alegados por las partes, lo que acarrea ineludiblemente la nulidad de la resolución cuestionada por contravenir lo dispuesto en el artículo ciento veintidós incisos Tercero y Cuarto del Código Procesal Civil, bajo ese argumento el principio de la congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve.

4.1.4. Cuadro N° 04

CASACION	CASACIÓN N° 958-2010 PUNO (Publicada: 29-02-2012)
Fundamentos del Recurso	El recurso extraordinario se declaró procedente por resolución de fecha veintidós de junio del año dos mil diez, obrante a fojas treinta y cinco del cuadernillo de casación, al invocar la recurrente, como fundamento de su recurso de casación: a) Aplicación indebida del artículo trescientos diecinueve del Código Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, ya que la Sala debió aplicar el artículo trescientos diecinueve antes de la referida modificación, pues, la Sala Superior

	<p>considera que la separación se produjo el cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, entonces no es posible aplicar la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, en razón de que esta Ley se dio el día siete de julio del año dos mil uno, es decir, es posterior al hecho que determina la Sala como causa de separación de hecho, es más, la Sala Superior incurre en error al determinar este hecho de un acuerdo, como causal de la separación de hecho, teniéndose en cuenta que el demandante propició en forma directa tal situación, con lo que resulta la prohibición de amparar el divorcio en un hecho propio, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, b) Inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en efecto la acción de divorcio por la causal de separación de hecho, implica necesariamente que el Juez, determine una indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado, en el presente caso se ha establecido que la recurrente es alimentista, sin trabajo, sin bienes y con la tenencia de sus hijos, por lo que resulta que con la sentencia se le perjudica, y el Juez no apreció de modo alguno este hecho, además, aduce que se pretende desalojarla del domicilio conyugal, sito en el jirón Piura número doscientos ochenta y uno de la ciudad de Puno, ya que ha sido demandada por desalojo por ocupación precaria por Elizabeth Aza Morales, hermana del demandante y en contubernio con este último, con lo que determina que es la más perjudicada</p>
<p>Fundamento Jurídico</p>	<p>(...) Sétimo.- Que, el agravio de la recurrente se refiere a la</p>

	<p>aplicación indebida del artículo trescientos diecinueve del Código Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, por cuanto la Sala Superior incurre en error al determinar un acuerdo, como causal de la separación de hecho, teniéndose en cuenta que el demandante propició en forma directa dicha situación, con lo que resulta la prohibición de amparar el divorcio en un hecho propio, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, la inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, ya que alega, que en efecto la acción de divorcio por la causal de separación de hecho, implica necesariamente que el Juez determine una indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado, en el presente caso se ha establecido que la recurrente es alimentista, sin trabajo, sin bienes y con la tenencia de sus hijos, por lo que resulta que con la sentencia se le perjudica, y el Juez no apreció de modo alguno</p> <p>(...)</p> <p>Noveno.- (...), las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido precedente judicial vinculante en los siguientes términos: “(...) 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo</p>
--	--

	<p>protección a la parte perjudicada,</p> <p>Décimo.- Que, teniendo en cuenta estos parámetros, corresponde pronunciarse en primer término respecto a la causal de infracción normativa a que se contrae el recurso de casación. Como se tiene dicho en el considerando anterior, la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio estableció las bases para una correcta interpretación de los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en especial sobre el tema de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado como producto de la separación o del divorcio en sí. (...), sólo se indemnizan los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida, lógicamente, mucho antes de la interposición de la demanda, y los perjuicios que se den desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda; es decir, la situación creada con el divorcio mismo. (...)</p> <p>Décimo Primero.- Que, en el caso concreto, la Sala Superior, interpretó erróneamente los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, pues sostiene que no se ha llegado a acreditar cual es el cónyuge perjudicado puesto que la separación ha surgido de un acuerdo transaccional celebrado entre ambos el día cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, y la omisión respecto a la indemnización a que se refiere la norma acotada; lo que no resulta ajustado a derecho, toda vez que la indemnización o la adjudicación preferente de bienes a favor del cónyuge más perjudicado procede de oficio o a instancia de parte, siempre que se garantice el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido</p>
--	--

	<p>proceso, particularmente el derecho de defensa, el Principio de Contradicción y el derecho a la instancia plural; además que la indemnización a que se refiere la norma material en comento no se circunscribe a los elementos subjetivos de dolo o culpa que integran la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tiene un carácter de obligación legal;</p> <p>Décimo Segundo.- Que, siendo así, se advierte que la sentencia de vista incumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, pues, contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso; motivo por el cual, estamos ante una decisión que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, pues la impugnada debe pronunciarse sobre el fondo de la indemnización, conforme al referido Pleno Casatorio.</p>
Decisión	<p>FUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Lina Valencia de Aza mediante su escrito obrante a fojas setecientos seis del expediente principal; CASARON la sentencia de vista impugnada, obrante a fojas seiscientos ochenta y uno del mismo expediente, de fecha trece de enero del año dos mil diez, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno; en consecuencia NULA la misma, e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de primera instancia obrante a fojas seiscientos veintitrés de dicho expediente de fecha tres de junio del año dos mil nueve; ORDENARON que el Juez de Primera Instancia emita nuevo fallo conforme a derecho y a los actuados</p>

Fuente: *Elaboración propia*

COMENTARIO

En esta resolución ha sido cuestionada, porque la Sala Superior ha incurrido en error al determinar este hecho de un acuerdo, como causal de la separación de hecho, teniéndose en cuenta que el demandante propició en forma directa tal situación, con lo que resulta la prohibición de amparar el divorcio en un hecho propio, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, b) Inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en efecto la acción de divorcio por la causal de separación de hecho, implica necesariamente que el Juez, determine una indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado, en el presente caso se ha establecido que la recurrente es alimentista, sin trabajo, sin bienes y con la tenencia de sus hijos, por lo que resulta que con la sentencia se le perjudica, y el Juez no apreció de modo alguno este hecho. Los argumentos casatorios estriban, que la Sala Superior incurre en error al determinar un acuerdo, como causal de la separación de hecho, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, la inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil en este punto, cabe la interrogante, si se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada. Asimismo, la Sala Superior, interpretó erróneamente los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, pues sostiene que no se ha llegado acreditar cual es el cónyuge perjudicado, toda vez que la indemnización o la adjudicación preferente de bienes a favor del cónyuge más perjudicado procede de oficio o a instancia de parte, siempre que se garantice el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa, el Principio de Contradicción y el derecho a la instancia plural. En consecuencia, está cuestionada resolución incumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, pues, contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios

aportados al proceso; motivo por el cual, estamos ante una decisión que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil.

4.1.5. Cuadro N° 05

CASACION	CASACIÓN N° 3738-2010 TACNA (Publicada: 02-07-2012)
Fundamentos del Recurso	Esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso de casación mediante resolución expedida con fecha veintinueve de noviembre del año dos mil diez, por infracción normativa de derecho procesal y material: a) La recurrida infringe lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil, de estricta aplicación a los hechos materia de

	<p>controversia, pues refiere que el decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para la recurrente, ocasionado por culpa del demandante, quien no logró consolidar una familia estable, razón por la cual los órganos de instancia debieron emitir pronunciamiento sobre la existencia o no de un cónyuge perjudicado,</p>
<p>Fundamento Jurídico</p>	<p>Tercero.- Conforme a la infracción normativa materia de análisis, el tema se sitúa en sede del divorcio por causal de separación de hecho y, en este ámbito, se debe establecer qué cónyuge es el perjudicado y la indemnización que le corresponde. En primera instancia, el Juez se limitó a aplicar el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, relativo a un elemento de procedibilidad de la demanda, y guardó silencio sobre los aspectos antes referidos; estos aspectos fueron advertidos en el recurso de apelación, y la Sala Superior al absolver el grado estableció que la indemnización no había sido solicitada por la demandada, por ello no fue considerada en los puntos controvertidos, y consideró que en caso establecerse los mismos de oficio, se generaría indefensión.</p> <p>Cuarto.- Conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el Juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, y deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Al respecto, y para el análisis de los aspectos procesales, se debe hacer remisión al Tercer Pleno Casatorio.</p>

	<p>Quinto.- (...) Cuando la demandada contestó la demanda a fojas cincuenta y seis, señaló hechos relevantes para los autos, cuya trascendencia no fue adecuadamente advertida por el juzgador, en ese sentido, señaló que se retiró del hogar conyugal por los continuos maltratos del demandante contra ella y contra sus hijos, reflejo de lo cual eran los procesos de tenencia (expediente número 164-2002), violencia familiar (expediente número 573-1999) y alimentos (expediente número 441-1999), y que todos esos hechos han llevado a que la demandada tenga que vivir en otra casa con sus hijos. Corrido traslado de la contestación de la demanda, el demandante no indicó mayor argumento; y al fijarse los puntos controvertidos a fojas ochenta y dos, éstos no hacen ninguna referencia a los diversos elementos que recoge el artículo 345-A del Código Civil conforme a lo antes señalado, lo que resultaba relevante si se tiene en cuenta que en los procesos de familia el Juez debe actuar de manera tuitiva, lo cual da lugar a la flexibilización de principios procesales tales como iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, ello en atención a los fines supremos de la protección al niño, a la madre, a la familia y al matrimonio, consagrados en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado.</p> <p>Séptimo.- De todo lo expuesto se determina que en la contestación de la demanda se presentaron hechos relevantes que el Juzgador no cuidó en analizarlos adecuadamente en su momento, llevando a lo escueto de los puntos controvertidos fijados y a la ausencia de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia,</p>
--	---

	<p>todo lo cual contraviene los principios relativos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva consagrados en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, lo cual trae como consecuencia concreta la infracción normativa procesal del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en base a los argumentos expuestos anteriormente</p> <p>Octavo.- Dado el efecto de la infracción normativa procesal que se está estimando, no viene al caso pronunciarse sobre la infracción normativa material contenida también en el literal a), ni sobre la infracción normativa procesal del literal b), pues éste implica ya un adecuado establecimiento de los hechos controvertidos, conforme se indicó en el primer considerando de esta sentencia suprema</p>
Decisión	<p>FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Dominga Teófila Poma de Vela; CASARON la sentencia de vista anexada a fojas doscientos setenta y uno, su fecha cinco de mayo del año dos mil diez, en consecuencia NULA la misma, e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fojas ciento noventa y tres del expediente principal; debiendo el Juez expedir nueva sentencia con arreglo a ley, previo trámite de lo previsto en el considerando séptimo de esta sentencia casatoria</p>

Fuente: *Elaboración propia*

COMENTARIO

La presente resolución ha sido cuestionada, ha infringido la normativa de derecho procesal y material, en especial lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil, de estricta aplicación a los hechos materia de controversia. Como es de verse los

argumentos casatorios estriban, que la Sala Superior no atendió lo fijado en los puntos controvertidos a fojas ochenta y dos, por cuanto, éstos no hacen ninguna referencia a los diversos elementos que recoge el artículo 345-A del Código Civil, sin embargo, es relevante que en los procesos de familia el Juez debe actuar de manera tuitiva, lo cual da lugar a la flexibilización de principios procesales tales como iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, ello en atención a los fines supremos de la protección al niño, a la madre, a la familia y al matrimonio, consagrados en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado. No obstante, el juzgador no observó los hechos relevantes que orillan a fijar puntos controvertidos, en efecto, la infracción normativa procesal implica observar un adecuado establecimiento de los hechos controvertidos, para poder determinar los puntos controvertidos.

4.2. Discusión de Resultados

Los Puntos Controvertidos en el proceso civil, es un tema poco estudiado en el Derecho Procesal Peruano, sin embargo, su fijación es de carácter obligatorio en dentro del proceso civil, lo que ha orillado que hoy se torne en un mero formalismo con gran ausencia de criterios técnicos, que permitan su determinación. En efecto, los puntos controvertidos en el proceso tienen como punto de partida los hechos alegados en la pretensión (hechos alegados en la demanda, reconvención y contestaciones) y el contradictorio; ambos son objeto de prueba cuando son

afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra. En ese contexto, estos hechos llegan a probarse, al ser discutidos. (Rioja Bermúdez, 2011)

Por otra parte, la distinción entre hechos sustanciales y hechos accesorios es en extremo relevante, en merito a que permite determinar los hechos materia de prueba; por cuanto, la discusión en el proceso no puede versar sobre aspectos accesorios sino sobre los puntos sustanciales que sustentan la pretensión; en consecuencia, puede afirmarse que los hechos controvertidos, son los hechos esgrimidos como sustento de una pretensión procesal, tanto en la demanda como en la contestación de la misma, vinculados a la cuestión controvertida. Bajo esta premisa, carga de la prueba obliga al demandante a probar la veracidad de los hechos alegados y que son precisamente los que sustentan su pretensión. En consecuencia, **los hechos sustanciales (fundamentos de hecho) de la Pretensión, en divergencia con los hechos de la pretensión resistida, constituyen los puntos controvertidos que posteriormente en el curso del proceso serán materia de prueba.** (Rioja Bermúdez, 2011)

El Código Procesal Civil Peruano ha abordado el tema de los Puntos Controvertidos en diferentes artículos, sin embargo, estos no siempre son uniforme y ha dejado a la jurisprudencia su determinación práctica en el proceso. Como en el art. 188 del C.P.C. que estipula que **los medios probatorios tiene por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos;** con lo que el código diferencia claramente entre los hechos expuestos por las partes y los puntos controvertidos que refuerzan sobre los que versa el proceso. Las referencias a los Puntos Controvertidos también aparecen de los artículos 471 y 122 inc 1, al

preceptuar que efectivamente exigen en la audiencia sin conciliación la fijación de Puntos Controvertidos y de manera muy especial, aquellos Puntos Controvertidos que van a ser materia de prueba. En esta última parte, lo que llama profundamente la atención es la discusión de un lado de los “*puntos controvertidos a secas*” y por otro lado “*los puntos controvertidos materia de prueba*”, esto nos invita a reflexionar preguntándonos *¿acaso que existen puntos controvertidos que no son materia de prueba?*. (Rioja Bermúdez, 2011)

Ante esta interrogante, se puede presumir que el cuestionamiento al art. 471 implica asumir la existencia de hechos discutidos, pero cuya probanza es innecesaria, o la presencia de hechos accesorios discutidos en los que no interesa determinar su verosimilitud. Ahora bien, en caso de producirse conciliación el Juez procederá a enumerar los puntos controvertidos, y en especial los que van a ser materia de prueba. En efecto, no todos los hechos descritos en la demanda en forma enumerada deben ser objeto de prueba, ya que los que han sido aceptados por la parte demandada o aquellos hechos notorios no requieren probanza. Como no todos los hechos merecen ser probados, el juez selecciona los medios probatorios ofrecidos idóneos, que sirvan para acreditar los hechos controvertidos seleccionados por el juzgador. Esta interpretación confunde un poco a la etapa de fijación de los Puntos Controvertidos con la etapa de calificación de procedencia y pertinencia que merecen los medios probatorios de acuerdo al art. 190 del C.P.C. (Rioja Bermúdez, 2011)

Ahora bien, en los resultados se pudo evidenciar en los cinco (05) resoluciones casatorias, el cuestionamiento a las sentencias emitidas por los juzgados especializados y salas civiles, en merito a la vulneración en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, donde uno de los puntos controvertidos no fue analizado por el colegiado y muchos menos contiene fundación jurídica. Este cuestionamiento, estriba en la validez y eficacia de actos procesales, e infracción normativa de carácter procesal y material; asimismo, en las resoluciones se evidencia también la vulneración del

principio de congruencia procesal, lo que implica por un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso. En consecuencia, se ha vulnerado los principios de motivación y de congruencia, lo que conlleva a evidente la contravención del debido proceso. Esto en merito a la inexistencia de criterios técnicos que pueda determinar con certeza la fijación de los puntos controvertidos.

No obstante, la jurisprudencia peruana ha ratificado la distinción entre “*puntos controvertidos*” y “*puntos controvertidos materia de prueba*”, pero no ha profundizado sobre la interpretación del artículo 471 del C.P.C. como lo demuestra la resolución en el Exp. N° 1144-95-Lima de la Quinta Sala Civil donde se expresa lo siguiente:

El juez propondrá la fórmula conciliatoria que su prudente arbitrio le aconseje, de no ser aceptada se extenderá el acta describiéndose la fórmula planteada y consignándose a la parte que no prestó su conformidad con la misma ... seguidamente enumerará a los puntos controvertidos y, en especial, los que van a ser materia de prueba.

A su vez, en cuanto a la determinación técnica de los Puntos Controvertidos en el proceso civil, vale la pena citar el Pleno Jurisdiccional Civil de 1997 que respecto a la Audiencia Conciliatoria y la Prueba Documental Extemporánea ha adoptado el siguiente acuerdo:

Por unanimidad se convino en expresar que los puntos controvertidos no deben ser confundidos con las pretensiones contenidas en la demanda y las defensas esgrimidas en la contestación, por lo que se formula una recomendación a fin de que los Jueces al momento de la fijación de puntos controvertidos no se limiten a reiterar las pretensiones y las defensas expresadas en la demanda y contestación, la cual requiere un análisis, estudio y conocimiento del proceso por parte del Juez previo a la realización de la audiencia.

El pleno jurisdiccional ha dejado bien en claro que puntos controvertidos no equivalen a pretensión controvertida, bajo este criterio, se podría interpretar que el art. 196 del C.P.C. refiere que delega la carga de la prueba en quien afirma los hechos que configuran su pretensión. Esta última parte se considera una salida,

para una interpretación técnica en la fijación de los Puntos Controvertidos, puesto que la pretensión contiene fundamentos de hecho, fundamentos de derecho y el petitorio, con especial atención a los fundamentos de hecho que contengan fundamentos de hecho sustanciales y fundamentos de hecho accesorios; en consecuencia, podemos sostener que el objeto de la prueba sean los fundamentos de hecho sustanciales controvertidos o los hechos discutidos y discutibles, producto de la discusión con los hechos sustanciales de la pretensión resistida. Atender los puntos controvertidos como hechos sustanciales de la pretensión procesal, ofrece una valiosa herramienta técnica para los magistrados, abogados y justiciables; lo que permite un proceso civil más preciso, menos dilatorio, más orientado, menos divagante y sobretodo más coherente. (Rioja Bermúdez, 2011)

CONCLUSIONES

1. No existe un conocimiento asertivo, para una correcta elaboración en como determinar los puntos controvertidos por parte de justiciables y más aún por los magistrados, quienes emiten fallos y decisiones completamente carentes de asidero real y legal respecto a las controversias puestas a su conocimiento, generando un perjuicio a las partes intervinientes.
2. Existe una tendencia parcialmente generalizada y errada en la Judicatura, que suele confundir los puntos controvertidos con las pretensiones contenidas en la demanda, en la reconvención o en las contestaciones, omitiendo la función de realizar un previo análisis de los hechos controvertidos, como de los medios probatorios ofrecidos, para una mejor y rápida solución de las controversias.
3. Es necesario la implementación y aplicación de criterios técnicos para la determinación de los puntos controvertidos en los procesos civiles, en los cuales se considere efectuar un análisis previo y muy general, sobre los hechos materia de controversia y los medios probatorios que los sustentan.
4. Deben establecerse como elementos previos a la fijación de los puntos controvertidos en los procesos judiciales, la relación jurídica sustantiva, el conflicto de intereses y la incertidumbre jurídica.
5. El saneamiento del proceso, así como el análisis general de los hechos controvertidos y de los medios probatorios ofrecidos, permiten una adecuada determinación de puntos controvertidos y en consecuencia, la emisión de sentencias congruentes conforme a derecho.

RECOMENDACIONES

1. La elaboración de criterios técnicos para la determinación de los puntos controvertidos, la misma que permitirá maximizar el debido proceso y garantizara los derechos sustantivos y procesales de las partes, así como, la efectivización de una sentencias más justas.
2. Considerar como referente en la fijación de los puntos controvertidos, al objeto de prueba donde los fundamentos de hecho controvertidos o hechos discutibles, sean producto de la discusión con los hechos sustanciales de la pretensión resistida. Asimismo, los hechos sustanciales de la pretensión, en divergencia con los hechos de la pretensión resistida, constituyen los puntos controvertidos que posteriormente en el curso del proceso serán materia de prueba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Lluch, X. (2007). *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. En, Abel Lluch, X. & Picó I Junoy, J. (ed.). *Objeto y carga de la Prueba Civil* (pp. 19-46). Barcelona, España: J.M. BOCH.
- Alessandri, A.; Vodanovic, A.; Somarriva, M. (1999). *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General* (2 Vols.). Santiago de Chile, Chile: Jurídica De Chile.
- Alvarado Velloso, A. (2011). *Lecciones del Derecho procesal civil*. Argentina. Thomson Reuters
- Alvarado Velloso, A. (2010). *La prueba judicial: Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario..
- Alzamora Valdez; M. (1953). *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. Lima, Perú: Eddli.
- Benabentos, O. A. (1996). *Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, Argentina: Juris.
- Canelo Rabanal, R. (2016). *La finalidad de la prueba desde una perspectiva epistemológica*. En, Carina Gómez Fröde & Marco Ernesto Briseño García Carrillo (Coord.). *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 497-556). México: Universidad Autónoma de México.
- Carrión Lugo, J. (2000). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo 2. Lima, Peru: Grijley.

- Chamorro Bernal, F. (1994). *La tutela judicial efectiva*. Barcelona, España: Bosch.
- Colombo Campbell, J. (1997). *Los actos procesales*. Tomo I. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Devis Echeandia, H. (1997). *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. 3ra ed. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- Díaz Vargas, C. (2003 marzo). La fijación de puntos controvertidos en el proceso civil [en línea]. En, *Revista Jurídica Cajamarca*. Año IV, Núm. 10. Recuperado de:
<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista10/proceso.htm>
(25.01.2016)
- Dos Santos Bedaque, J. R. (2010). *Efectividad del Proceso y Técnica Procesal*. Lima, Peru: Communitas.
- Ducci Claro, C. (2007). *Derecho civil: parte general*. 4ta ed. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fairen Guillen, V. (1992). *Teoría General del Derecho Procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Beltrán, J. (2002). *Prueba y Verdad en el derecho*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Gaceta Jurídica. (2015). *Manuel del proceso civil*. Tomo I. Lima, Perú: El Autor.
- Galindo Vácha, J. C. (2003). *Lecciones de derecho procesal administrativo*. Vol. 2. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas.

- García Briceño, D. (2014). *Reflexiones sobre la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y divorcio*. (Tesis de Grado). Universidad de Piura. Perú.
- García Ramírez, S. (2006). Elementos del Debido Proceso en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Año VI, Núm. 9.
- García Toma, V. (2005). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Perú: Palestra.
- Garcimartín Montero, R. (1997). *El objeto de la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona, España: Cedecs.
- Guilherme Marinoni, L. (2008). *Tutela Específica de los Derechos*. Biblioteca de Derecho Procesal N° 8. Lima, Perú: Palestra.
- Guilherme Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Biblioteca de Derecho Procesal N° 5. Lima, Perú: Palestra.
- Hinostroza Minguez, A. (2010). *Derecho Procesal Civil. Medio Probatorio -Doctrina - Jurisprudencia*. Tomo III. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hinostroza Minguez, A. (2010b). *Derecho Procesal Civil. Postulación al Proceso*. Tomo VI. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Jordán Manrique, J. (2005). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: Una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional. EN: *Revista de Derecho Foro Jurídico*. Año II. Núm. 4.

- Ledesma Narváez, M. (2014). *Estudios críticos de derecho procesal y civil y arbitraje*. Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Lorca Navarrete, A. M. (2015). Manifiesto a favor del derecho procesal como sistema de garantías procesales. En, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* - RVDPA. Núm. 2, España.
- Lorca Navarrete, A. & Lozano–Higuero, M. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Civil Parte General*. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP). San Sebastián, España.
- Mario Chayer, H. & Pereira Campos, S. (2009). *Bases generales para una reforma a la justicia civil en américa latina y el caribe*. En, Centro De Estudios De Justicia De Las Américas.
- Mansilla Novella, V. R. (1996). *El debido proceso y la reconvención en el Código Procesal Civil*. EN: Ponencias en el I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Vol.1. Lima, Perú: Temis.
- Montero Aroca, J. (2013). *Legitimidad para Obrar y derecho Jurisdiccional*. En, Revista IUS ET VERITAS, Núm. 2. Lima.
- Montero Aroca, J. (2012). *Contestaciones al Programa de derecho procesal civil. Para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Vol. I, 7ma ed. Madrid, España: Tirant lo Blanch
- Montero Aroca, J. (2002). *La Prueba en el Proceso Civil*. 3ª ed. Madrid, España: Civitas.

- Montero Aroca, J. (1999). *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima, Perú: ENMARCE.
- Muñoz Sabaté, LL. (2001). *Fundamentos de prueba judicial civil*. Barcelona, España: J.M.Bosch.
- Obando Blanco, V. R. (2010). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. (Tesis de Maestría). Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Ortells, R. M. (2010). *Derecho Procesal Civil*. 10ma ed. Lima, Perú. Thomson Reuters.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de derecho procesal civil*. 17ava ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Parodi Remón, C. (1996). *El Derecho Procesal del Futuro*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Pérez Ríos, C. (2008). *La acumulación en el proceso civil peruano*. Lima, Peru: Prysma.
- Puppio, V. (2008). *Teoría general del proceso*. 7ma ed. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Quiroga León, A. (2012). *Los precedentes vinculantes: del Tribunal Constitucional. Código Procesal Constitucional: comentarios doctrinados, estudios jurisprudenciales, Jurisprudencia*. Coord. Oscar PEÑA GONZALES. Lima, Perú: Lince.
- Quiroga León, A. (1991, Octubre). *El Derecho al Recurso en el artículo 24 de la Constitución Española*. Anuario Jurídico. Año I, Núm. 1. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres.

- Rincón Córdova, J. I. (2010). *Tutela judicial efectiva, actuaciones administrativas y control judicial en el derecho regional europeo*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rioja Bermúdez, A. (2011). *El Nuevo Proceso Civil*. Lima, Perú: Adrus.
- Rivera Muñoz, A. (2007). *Regulación de las remuneraciones en el régimen común del sector privado en la legislación peruana*. (Tesis de Maestría). Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Rocco, U. (1944). *Derecho Procesal Civil*. México: Porrúa.
- Rocco, U. (1959). *Teoría general del proceso civil*. México: Porrúa.
- Rosemberg, L. (2002). *La carga de la prueba*. 2da ed. Buenos Aires, Argentina: B de F, Montevideo.
- Salas Villalobos, S. (2013 diciembre). *Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso*. En, Revista IUS ET VERITAS, Núm. 47, pp. 220-234.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, España: Trotta.
- Ticona Postigo, V. (1994 diciembre). Los ejercicios del derecho de acción y de contradicción en el Código Procesal Civil peruano. EN: *Revista Ius et Praxis*. Núm. 24. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N.º 24; Lima.
- Universidad Católica de Colombia. (2010). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Colombia: El Autor.

Veramendi Flores, E. (2010 Mayo). *El petitorio implícito en los procesos de familia: a propósito del Tercer Pleno Casatorio*. En, Diario Oficial El Peruano, pp. 30171-30190.

Vescovi, E. (2006). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1042-2002-AA/TC, de fecha 6 de diciembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1546-2202-AA/TC-Lima, de fecha 28 de enero del 2003.

ANEXOS

Anexo N° 1.

CASACIÓN N° 1308-2001 CALLAO (Publicada el 02 de enero del 2002)

Lima, siete de setiembre del dos mil uno.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número mil trescientos ocho-dos mil uno; en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de

casación interpuesto por la representante de la Compañía Chilena de Navegación Interoceánica Sociedad Anónima contra la sentencia de vista de fojas doscientos ocho, su fecha veintidós de marzo del dos mil uno; que revocando la sentencia apelada de fojas ciento diecinueve, su fecha veinte de setiembre del dos mil, declara fundada la demanda. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: La Sala mediante resolución de fecha veintiséis de junio del presente año ha estimado procedente el recurso, el mismo que se sustenta en la causal de infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales; vulnerándose lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, por cuanto la Sala de Revisión ha señalado en el primer considerando de la de vista que la recurrente en su escrito de contestación ha admitido los extremos de la demanda materia de cobro, dicho escrito lo único que hace es una descripción de los hechos acaecidos durante el transporte de la mercadería sub litis, sin admitirse los extremos de la demanda y mucho menos el monto de la indemnización pretendida por la accionante, ya que en la contestación mencionada la recurrente expresamente cuestionó dicho monto, tal es así que uno de los puntos controvertidos fijados por el Juez fue el de determinar la responsabilidad de la demandada y si la hubiere el monto que debe indemnizar a la demandante, por ende dicho punto controvertido debió ser analizado por el colegiado al momento de emitir sentencia, sin embargo de la revisión de la resolución cuestionada se aprecia que ésta no contiene fundamentación alguna que sustente el quantum fijado por la Sala de mérito; y CONSIDERANDO: Primero.- Que, el principio del proceso de la motivación judicial de las resoluciones judiciales se halla consagrado por el inciso quinto del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado, y el cual tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida. Segundo.- Que, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber para los magistrados, tal como lo establece el inciso sexto del artículo cincuenta del Código Procesal Civil y dicho deber implica que los

magistrados señalan en forma expresa los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, respetando los principios de jerarquía de normas y de congruencia procesal. Tercero.- Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Adjetivo, así como en lo establecido en los incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del acotado, el principio de congruencia procesal implica por un lado que el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios. Cuarto.- Que, la Sala de revisión en el primer considerando de la sentencia de vista afirma que los numerales del uno al nueve del escrito de contestación, la emplazada admite los extremos de la demanda materia de cobro, sin embargo, de la revisión de dicho escrito se aprecia que ello no se ajusta a la realidad porque en los numerales mencionados la empresa recurrente lo que hace es describir, desde su posición lo ocurrido durante la travesía de la embarcación que transportó la mercadería sub litis, precisando que en la misma se experimentó mal tiempo y mar violento lo que originó el movimiento de los respectivos contenedores y posteriores daños a la mercadería, concluyendo por ende en que los daños se produjeron por un riesgo o peligro de mar, lo que constituye un argumento de irresponsabilidad, que dista mucho a que se pueda concluir que con ello se haya admitido los extremos de la demanda; sin embargo el mismo colegiado en su segundo considerando agrega que en la referida contestación la emplazada legó su irresponsabilidad en los daños, por ser el resultado de un riesgo o peligro de mar, pero tal alegación ya viene expresada en las alegaciones contenidas en los numerales del uno al nueve del referido escrito, en consecuencia, en este aspecto se aprecia una falta de coherencia lógica en los fundamentos expuestos por el Colegiado, lo que implica un error en la motivación judicial. Quinto.- Que, por otro lado aparece que en la audiencia de conciliación cuyas actas obran a fojas ciento diecisiete y siguientes que el juez fijó como uno de los puntos controvertidos determinar la responsabilidad de la demandada y si la

hubiere el monto que debe indemnizar a la demandante. Sexto.- Que, la Sala de mérito revocando la sentencia apelada, declaró fundada la demanda, fijando el monto a pagar en la suma de veintiocho mil sesentiún dólares americanos con noventiún centavos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio vigente al día del pago, más intereses; fundamentando para el efecto que la emplazada no había acreditado la existencia del mal tiempo alegado y que el acondicionamiento de los contenedores en la nave fue suficiente, argumentos que lo único que sustentan es la determinación de la responsabilidad de la demandada, mas no son útiles para determinar el monto a pagar, máxime si la emplazada en su escrito de contestación, sin admitir responsabilidad, cuestionó los rubros incluidos por la accionante para señalar el monto pretendido por la accionante, no apreciándose que el Colegiado haya fundamentado adecuadamente su decisión de fijar el resarcimiento civil en la suma antes indicada. Sétimo: Que, habiéndose vulnerado los principios de motivación y de congruencia, resulta evidente la contravención del debido proceso, siendo de aplicación lo establecido en el numeral dos punto uno del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil; que estando a las conclusiones arribadas, declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos quince; en consecuencia NULA la sentencia de vista, de fojas doscientos ocho su fecha veintidós de marzo del dos mil uno; ORDENARON que la Sala de Revisión expida nueva resolución con arreglo a ley; DISPUSIERON que la presente resolución sea publicada en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por la empresa Wiese Aetna Compañía de Seguros con la Compañía Chilena de Navegación Interoceánica Sociedad Anónima; sobre obligación de dar suma de dinero; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA A.; LAZARTE H.; ZUBIATE R.; QUINTANILLA Q.; VÁSQUEZ C.

Anexo Nº 2
CASACIÓN Nº 864-2011 JUNÍN (Publicada: 04.07.2012)

Lima, dieciocho de enero del año dos mil doce.- LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. vista la causa número ochocientos sesenta y cuatro - dos mil once, en el día de la fecha, y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia. MATERIA DEL RECURSO: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista obrante a folios quinientos veinticinco del expediente principal, su fecha catorce de setiembre del año dos mil diez, expedida por la Primera Sala Mixta - Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que revocando la resolución de primera instancia declara fundada la demanda: en los seguidos por Hebert Raúl Ruiz Ramírez contra la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ica número ciento ochenta y cuatro de Huancayo y

otro, sobre obligación de hacer. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante la resolución de folios cincuenta del cuadernillo de casación, su fecha diecisiete de mayo del año dos mil once, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación lea número ciento ochenta y cuatro de Huancayo representada por su Presidente Víctor Castillón Romo, por la causal de infracción normativa de carácter procesal y material. CONSIDERANDO: Primero.- La entidad impugnante al fundamentar el recurso de su propósito por la causal de infracción normativa procesal lo hace consistir en los siguientes agravios: i) La Sala Superior ha fallado sobre hechos no planteados en la demanda y no puede sacar conclusiones en contra de la recurrente por cuanto el juzgado declaró fundada la oposición a la exhibición del Libro de Actas número cuatro; ii) La sentencia de vista al declarar fundada la demanda se basa en una transacción extrajudicial, la misma que no ha sido materia de demanda, ni se ha sustentado en los fundamentos de hecho de la demanda de autos, incurriendo así en incongruencia que contraviene lo dispuesto en los artículos 50 inciso 6 y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; iii) Existe afectación al debido proceso al soslayarse el Acta de Asamblea Extraordinaria de fecha treinta de julio del año dos mil tres realizada por la entidad recurrente pese haber sido admitida como medio probatorio de oficio en la continuación de audiencia de saneamiento, acta donde se aclara que no se debatió ni aprobó transacción alguna, refiriéndose a la transacción extrajudicial efectuada entre el actor y las personas de Román Humberto Caballero Bendezú, Yolanda María Ruiz Ramírez y algunos Directivos de la Asociación demandada, infringiéndose el artículo 197 del Código Procesal Civil. En cuanto a la denuncia casatoria por la causal de infracción normativa material señala lo siguiente: 1) Se aplica de manera incorrecta el artículo 89 del Código Civil, puesto que el artículo 12 letra b) de la Norma Estatutaria de la Asociación recurrente permite la transferencia a terceros de su acción o derecho, es decir, se refiere a los bienes y derechos del asociado, mas no a la condición propia de asociado, por lo que la conclusión a la que arriba la sentencia de vista es incorrecta por cuanto el Estatuto de la Asociación no permite la transmisión de

la calidad de asociado sino sólo los derechos patrimoniales que pudiera tener; 2) Al aplicar de manera incorrecta el artículo 1302 del Código Civil pues la transacción solo tiene efecto vinculante entre las partes conforme lo dispone la norma denunciada, siendo incorrecto que la transacción extrajudicial que alude la sentencia de vista pueda obligar a la Asociación demandada por cuanto no se ha probado que la Asamblea General de la Asociación haya aprobado la transferencia de derechos y acciones; 3) Por inaplicación del artículo 1305 del Código Civil, por cuanto en la sentencia de vista se ordena que la Asociación recurrente reconozca al demandante como socio activo y se le incluya en el padrón de socios, sin embargo, la condición de socio es personalísima conforme prescribe el artículo 89 del Código Civil, lo que quiere decir que tal condición es de naturaleza extrapatrimonial, por lo que no puede ser objeto de una transacción la transmisión de la calidad de socio, menos aun puede obligarse a la entidad recurrente que en virtud de tal transacción reconozca como socio al demandante, por vulnerar una norma sustantiva imperativa. Segundo.- Habiéndose declarado procedente el citado recurso interpuesto por la causal de infracción normativa material y procesal, en primer término debe analizarse los agravios que están referidos a la infracción normativa procesal y en atención a que el pedido casatorio es anulatorio de la sentencia de vista y en la eventualidad que se declare fundado no será necesario examinar los agravios relativos a la infracción normativa material precisados en el considerando anterior. Tercero.- Examinado el presente proceso para determinar si se ha incurrido en la causal de infracción normativa procesal en los términos denunciados, es del caso efectuar las precisiones siguientes: I.- El accionante Hebert Raúl Ruiz Ramírez postula la demanda a fin que la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ice número ciento ochenta y cuatro de Huancayo cumpla su obligación de hacer, referida a la sustitución e inclusión en el padrón de socios de la citada Asociación a la persona del demandante; accesoriamente solicita el reconocimiento de derechos y acciones como socio activo a efectos que mediante sentencia se le incluya en el padrón de socios de la demandada en sustitución de los esposos Román Humberto Caballero Bendezú y Yolanda María Ruiz Ramírez. Alega, que con

estos últimos sostuvo un proceso judicial sobre cumplimiento de contrato, el mismo culminó mediante conciliación basado en un contrato de transacción extrajudicial suscrito por las partes y los directivos de la Asociación demandada. Agrega, que la junta directiva de la mencionada Asociación dio su consentimiento en el acuerdo de la inclusión y sustitución de su persona y que la referida conciliación no puede ejecutarse por cuanto no se demandó a la Asociación demandada, habiéndose iniciado posteriormente otro proceso sobre cumplimiento de obligación de hacer, el mismo concluyó al haberse declarado fundada la excepción de conclusión de proceso por conciliación. Añade que su propósito es dar cumplimiento a la conciliación suscrita con los mencionados Yolanda María Ruiz Ramírez y Román Humberto Caballero Bendezú, no obstante el Presidente de la Asociación demandada se niega a incluirlo como socio en la institución. II.- La Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ica número ciento ochenta y cuatro de Huancayo al absolver el traslado de la demanda señala que según su Estatuto la condición de socio cesa por transferencia de sus acciones a terceras personas, pero previo conocimiento y aprobación de la Asamblea General, por tanto lo peticionado por el demandante deviene en un imposible jurídico por cuanto el origen y fundamento de tal pretensión es la Conciliación basada en un Contrato de Transacción Extrajudicial suscrito por el demandante y los esposos Román Humberto Caballero Bendezú y Yolanda María Ruiz Ramírez con intervención de los directivos del año mil novecientos noventa y nueve quienes intervinieron sin conocimiento ni autorización de la Asamblea General de su institución, por tanto tal transferencia no ha sido aprobada por la Asamblea General de la Asociación. III.- En la Audiencia de Conciliación cuya acta obra a folios ciento dieciséis del expediente principal, su fecha dieciséis de diciembre del año dos mil tres, se fijó el punto materia de la controversia, consistente en determinar si la transacción realizada por Yolanda María Ruiz Ramírez y el demandante cuya acta obra a folios siete del mismo expediente, tiene o no la virtud de conceder al demandante el derecho a las acciones que reclama; si la Audiencia Conciliatoria cuya acta obra a folios cinco del citado expediente tiene la misma virtud y si en la misma participaron los representantes de la demandada y

si se han infringido con estos actos los estatutos de la demandada o por el contrario se han cumplido los mismos. En la misma audiencia el Juez de oficio ordenó la exhibición del libro de actas del año mil novecientos noventa y siete de la Asociación demandada en la que consten los acuerdos relacionados con la transacción extrajudicial materia de la demanda. IV.- En la Audiencia de Pruebas obrante a folios ciento treinta y siete del expediente principal, su fecha dos de abril del año dos mil cuatro, la entidad demandada formuló oposición a la prueba exhibicional, señalando que le resultaba imposible cumplir con la exhibición del Libro de Actas número cuatro de los meses de julio y agosto, en razón que el secretario de ese entonces había sufrido un asalto conforme a la denuncia policial de fecha veintisiete de octubre del año mil novecientos noventa y siete obrante a folios ciento treinta y seis del referido expediente, y que dicho hecho fue tratado en la Asamblea de fecha veintisiete de octubre del año mil novecientos noventa y siete conforme al Libro de Actas número cinco, en la misma se concluyó por no aprobar ninguna transacción. V.- Mediante la resolución de folios ciento cuarenta y cuatro del expediente principal, su fecha veintiuno de mayo del año dos mil cuatro, el Juzgado declaró fundada la oposición formulada por la demandada, señalándose que: “(...) teniéndose a la vista el libro de actas número cinco se aprecia que no figura constancia o acreditación de haberse extraviado (...) estando a que la oposición se funda en la inexistencia del libro (...) no puede exhibirse lo que no se tiene (...)”. Dicha resolución fue confirmada por el auto de vista de folios ciento ochenta y cuatro del mismo expediente, su fecha tres de noviembre del año dos mil cuatro, señalándose que la inexistencia el libro por pérdida debe analizarse en la sentencia. VI.- El Juzgado de primera instancia al resolver la controversia ha concluido por desestimar por infundada la demanda, precisando que según el Estatuto de la mencionada Asociación para que opere la transferencia de una acción o derecho a terceras personas, no basta el hecho de poner en conocimiento de tal transferencia a la Junta Directiva como a la Asamblea General sino que estos deben de aprobarla, conforme el artículo 22 inciso h) del referido Estatuto en cuanto señala que la Asamblea General tiene fundamentalmente, entre otras, la facultad de aprobar o desaprobar las

transferencias de las acciones. Sostiene asimismo que no está acreditado que la Asamblea General de la parte demandada haya aprobado la transacción alegada por el demandante, mas por el contrario con el Acta de Asamblea Extraordinaria de fecha treinta de julio del año dos mil tres obrante a folios ciento ocho del expediente principal se aclara que no se debatió ni aprobó transacción alguna. Respecto a la pretensión sobre cumplimiento del Acta de Conciliación esta deviene en desestimable pues no se puede exigir dicho cumplimiento a alguien que no intervino en los acuerdos adoptados. VII.- La Sala Superior al absolver el grado de apelación de la mencionada sentencia, ha revocado la misma y reformándola declara fundada la demanda incoada, precisando al respecto que “está acreditado que la transacción celebrada por las partes fue ratificada por los directivos de la asociación, al suscribirla ante el Notario Público que legalizó las firmas; es evidente que dichos directivos y la Asamblea General tenían conocimiento de tal acto y por ende responsables del mismo, según el artículo 1302 del Código Civil la parte demandada esta obligada al fiel cumplimiento dolo transado en dicho acto solemne y no como alega la asociación demandada que por ser un tercero, sus efectos jurídicos no le alcanza (...) la Asociación demandada debía exhibir el Libro número cuatro a fin de demostrar que no existió aprobación de la Asamblea General, pero incumplió con ello, resulta de aplicación el artículo 261 del Código Procesal Civil. La Asociación demandada ha tenido una conducta que se puede calificar como obstruccionista, la actividad de ocultar el Libro número cuatro con el que se acreditaría el acuerdo de la Asamblea General para incluir al demandado, lo que genera conclusiones en su contra ya que se presume la intención de no colaborar con hallar la verdad procesal (...)”. Cuarto.- En cuanto a lo sostenido por la Asociación demandada en el punto i) de la denuncia por la causal de infracción normativa procesal, es del caso destacar que la motivación de las resoluciones judiciales como principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incisos 3 y 4 del artículo 122 y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil, es esencial en las decisiones judiciales, en atención a que

los justiciables deben saber las razones por las cuales se ampara o desestima una demanda, pues a través de su aplicación efectiva se llega a una recta administración de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y además permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico, las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto, los errores que puede haber cometido el Juzgador. En ese orden de ideas, la motivación de las resoluciones como vicio procesal, tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en este aspecto y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el Principio de la Razón Suficiente y la Motivación defectuosa propiamente dicha se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Quinto.- En el presente caso, debe tenerse en cuenta que en el desarrollo del proceso el Juzgado actuó la prueba de oficio relativa a la exhibición del Libro de Actas del año mil novecientos noventa y siete en la que constan los acuerdos relacionados con la transacción extrajudicial materia de la demanda. La Asociación demandada formuló oposición a dicha exhibición alegando haber sufrido un asalto según la Constancia Policial obrante a folios ciento treinta y seis del expediente principal, su fecha veintisiete de octubre del año mil novecientos noventa y siete, dicha cuestión probatoria fue declarada fundada mediante la resolución obrante a folios ciento cuarenta y cuatro del mismo expediente, su fecha veintiuno de mayo del año dos mil cuatro, y confirmada por auto de vista de folios ciento ochenta y cuatro del citado expediente, su fecha tres de noviembre del año dos mil cuatro. Por lo que, el juicio de hecho de la Sala Superior según el cual “en la apertura del Libro número cinco no corre la pérdida del libro anterior” no se condice con lo glosado en el Acta de fecha treinta de octubre del año mil novecientos noventa y siete del Libro número cinco obrante a folios cinco del expediente principal, en el mismo se deja constancia de la pérdida del Libro de Actas materia de la prueba exhibicional;

asimismo en el Acta de Asamblea Extraordinaria del treinta de julio del año dos mil tres obrante a folios ciento ocho del mismo expediente, los socios presentes efectúan la aclaración en el sentido que no se debatió ni aprobó transacción extrajudicial celebrada entre Hebert Raúl Ruiz Ramírez y Yolanda María Ruiz Ramírez con intervención de los ex Directivos de la citada Asociación; de modo que las conclusiones a las que arriba la Sala Superior en el sentido que la demandada ha evidenciado una conducta obstruccionista no se compadece con lo actuado incurriéndose de esta forma en una motivación aparente. De lo expuesto, se determina que al evaluarse la conducta procesal de la entidad demandada no se ha efectuado un correcto análisis de los hechos acaecidos en el proceso, evidenciándose que carece del sustento fáctico correspondiente, razón por la cual resultando atendible el agravio precisado en este punto. Sexto.- En cuanto a lo sostenido por la Asociación impugnante en el punto ii) de la denuncia por la causal de infracción normativa procesal, respecto de la violación al Principio de Congruencia Procesal, es menester acotar que el mismo es un precepto rector de la actividad procesal por el cual en toda resolución judicial debe existir conformidad o concordancia entre el pedido formulado por cualquiera de las partes y la decisión que el Juez tome sobre él. De este modo, se destaca la congruencia externa, la misma que se refiere a la concordancia o armonía entre el pedido y la decisión sobre éste y la congruencia interna, que es la relativa a la concordancia que necesariamente debe existir entre la motivación y la parte resolutive. Dicho principio es transcendente en el proceso, entre otros aspectos, porque la sentencia judicial tiene que respetar los límites de la pretensión toda vez que la infracción a este principio, previsto en la segunda parte del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, determina la emisión de sentencias incongruentes. Sétimo.- En el caso de autos, la Sala Superior al resolver la controversia expresa “está acreditado que la transacción celebrada por las partes fue ratificada por los directivos de la asociación, al suscrita ante el Notario Público que legalizó las firmas; es evidente que dichos directivos y la Asamblea General tenían conocimiento de tal acto y por ende responsables del mismo, según el artículo 1302 del Código Civil, la parte demandada está obligada al fiel

cumplimiento de lo transado en dicho acto solemne y no como alega la asociación demandada que por ser un tercero, sus efectos jurídicos no le alcanza”. No obstante, para determinar los efectos jurídicos de la aludida transacción la Sala Superior no puede soslayar en su análisis lo resuelto en el Expediente número 958-97, en los seguidos por Hebert Raúl Ruiz Ramírez contra Román Humberto Caballero Bendezú y otra, sobre cumplimiento de contrato, que se tiene a la vista, en el desarrollo de dicho proceso aparece a folios cincuenta y tres del citado expediente, el Contrato de Transacción Extrajudicial celebrado por los mencionados con fecha cuatro de setiembre del año mil novecientos noventa y siete con intervención del Vicepresidente, Tesorero y Fiscal de la Asociación demandada, y en virtud de la cual, se arribó a la conciliación judicial a que se contrae el acta de folios cincuenta y nueve del indicado expediente acompañado, su fecha cinco de noviembre del año mil novecientos noventa y siete. Por consiguiente, el vicio de falta de congruencia procesal denunciado en casación debe ser atendido porque lo resuelto por la Sala Superior en cuanto a este extremo no guarda correspondencia con los hechos debatidos al interior del proceso, debiéndose compulsar adecuadamente la alegación de la parte demandada en cuanto viene sosteniendo que “la Asamblea General de su institución no intervino ni aprobó la Transacción Extrajudicial suscrita por el demandante y los esposos Román Humberto Caballero Bendezú y Yolanda María Ruiz Ramírez (...)” para ello necesariamente debe merituar los Estatutos de la referida entidad a fin de dar una respuesta coherente y fundada en derecho, respecto a la validez jurídica de la aludida transacción extrajudicial en los términos que ha sido suscrita por los antes mencionados. Octavo.- Respecto de la infracción descrita en el punto iii) del fundamento anterior, es del caso señalar que si bien es cierto en materia casatoria no corresponde a esta Sala Suprema analizar las conclusiones relativas a la valoración de la prueba examinada en instancia, sin embargo es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, las que establecen que el juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada conforme lo prevé el artículo

1881 del Código Procesal Civil. La doctrina autorizada como la emitida por autor Marcelo Sebastián Midón refiriéndose al Principio de Motivación conjunta de los medios probatorios señala “en el caso del derecho a la prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valoren debidamente los medios aportados, al proceso con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa. El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar Si el poder de probar tienen por finalidad producir en el juzgador convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo, en una garantía ilusoria, en una proclama vacía, si el magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorios (...) el derecho a probar se resiente, y, por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido; o lo hace de manera defectuosa. invocando fuentes de los que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese carácter (sea por desconocimiento de una norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)”. Noveno.- En el caso de autos, tal como se aprecia de lo actuado la parte demandada ha expresado que en el Acta de Asamblea Extraordinaria de fecha treinta de julio del año dos mil tres obrante a folios ciento ocho del expediente principal, se efectuó la aclaración en el sentido que no se debatió ni aprobó transacción extrajudicial celebrada entre Hebert Raúl Ruiz Ramírez y Yolanda María Ruiz Ramírez con intervención de los ex Directivos de la citada Asociación; empero dicho alegación no ha sido compulsada por la Sala Superior teniendo en cuenta únicamente el contenido de la aludida transacción sin evaluar con los demás medios probatorios aportados al proceso, tal es el caso de lo actuado en el Expediente número 25-2001, en los seguidos entre las mismas partes, sobre obligación de hacer, que se tiene a la vista al

resolver, infringiéndose de esta forma los artículos 188 y 197 del Código Procesal Civil, en la medida que no se ha efectuado una valoración en forma conjunta de los medios probatorios y apreciándose los mismos en virtud del Principio de la Sana Crítica. Por lo que, habiéndose demostrado la incidencia de la infracción normativa procesal, el citado recurso propuesto debe declararse fundado, casarse la sentencia de vista la misma que queda nula y sin efecto legal alguno y ordenarse se emita una nueva decisión conforme a lo expuesto en los fundamentos precedentes. Por tales consideraciones, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ica número ciento ochenta y cuatro de Huancayo representada por su Presidente Víctor Castellón Romo, mediante escrito obrante a folios quinientos cincuenta; CASARON la sentencia de vista de fecha catorce de setiembre del año dos mil diez, obrante a folios quinientos veinticinco, expedida por la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín; ORDENARON que la Sala de mérito expida nueva resolución teniendo en cuenta los fundamentos que anteceden; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Hebert Raúl Ruiz Ramírez contra la Asociación de Comerciantes “Santa Rosa” de Prolongación Ica número ciento ochenta y cuatro de Huancayo y otro, sobre Obligación de Hacer; y los devolvieron. Ponente Señora Aranda Rodríguez. Jueza Suprema.- SS. TICONA POSTIGO, ARANDA RODRÍGUEZ, PONCE DE MIER, VALCÁRCEL SALDAÑA, MIRANDA MOLINA

Anexo N° 3.

CASACIÓN N° 139-2011 SAN MARTÍN (Publicada: 30-01-2012)

Lima, uno de setiembre de dos mil once.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA; con el acompañado; vista la causa ciento treinta y nueve - dos mil

once en Audiencia Pública y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia: 1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata en el presente caso del recurso de casación, interpuesto por la parte demandada conformada por don Salvatore Lettieri, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y cinco a doscientos cincuenta y seis, contra la sentencia de vista contenida en la Resolución N° treinta y uno, su fecha quince de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta; emitida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín que revoca la sentencia apelada contenida en la Resolución N° veintidós, su fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, de fojas ciento sesenta y cuatro a ciento setenta, que declara infundada la demanda de fojas veinte a veintitrés, sobre nulidad de acuerdo societario; reformándola la declarara fundada la referida; en consecuencia nula la convocatoria a Junta General de Accionistas y la esquila publicada en el Diario “Ahora” su fecha catorce de agosto de dos mil nueve.- 2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: La Sala mediante resolución de fecha veinticinco de mayo de dos mil once, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de la infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122 inciso 3) del Código Procesal Civil que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada; pues la demanda constituyó en nulidad de acuerdo societario, a fin que se declare la nulidad de esquila de convocatoria a junta de accionistas. Que tal pedido afirma, se basa en que la convocatoria a junta de accionistas había sido realizada por el Presidente del Directorio y no por el Directorio. Como la Sala Superior desarrolla el quórum del directorio y señala el artículo 168 de la Ley General de Sociedades, indicando que es la mitad más uno de sus miembros, sin tener en cuenta las normas del estatuto; cuyo artículo número veintisiete establece que el Directorio está conformado por cuatro miembros; siendo así los demandantes no han alegado ni pedido ni fundamentando la falta de quórum del Directorio ni en algún otro defecto de ese quórum, sin embargo, la Sala aludida se ha pronunciado precisamente por esos hechos no solicitados, vulnerándose así el Principio de

Congruencia Procesal. Además, asevera el recurrente, que durante cinco años de mandato de Gerente que ejercía el actor, Nicola Felice Aquilano, jamás objetó la validez del referido artículo 27 del estatuto, y cuando interpone la presente demanda tampoco lo objeta, lo cual permite concluir que la Sala Superior al expedir su sentencia lo ha hecho pronunciándose sobre hechos no solicitados y derecho no reclamados, violando el debido proceso. Además, los propios demandantes no pueden alegar la nulidad de algún acto pues ellos han consentido la realización de los mismos, ya que se inició y sesionó con el quórum dispuesto por el estatuto. De otro lado la Sala no explica, ni desarrolla cuál es el requisito establecido en el artículo 167 que se ha contravenido para que sea nula la convocatoria a junta de accionistas. 3. CONSIDERANDOS: Primero.- Que, respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra.- Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso....”¹ A decir de De Pina.- “El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (....) a infracciones en el procedimiento². En ese sentido Escobar Forno señala.- “Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”³. Que, en el presente caso se denuncia la infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122, inciso 3) del Código Procesal Civil. Segundo.- Que, mediante la presente demanda de nulidad de acuerdo societario; obrante a fojas veinte a veintitrés, don Nicola Felice Aquilano y don Pedro Kovacic Taramona, pretenden que se declare la nulidad del acuerdo societario, específicamente, de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas convocada por el Presidente del Directorio, ya que no ha cumplido con las formalidades prescritas en el artículo 245 de la Ley General de Sociedades; argumentando esencialmente que los demandantes son

accionistas y directores de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada que constituye una persona jurídica inscrita en Registros Públicos respectivos según la Partida N° 11001212), y de conformidad con la parte pertinente del artículo 245 de la Ley General de Sociedades. “La junta de accionistas es convocada por el Directorio o por el Gerente General”. Añade que el demandado en su calidad de Presidente del Directorio de la citada empresa, convocó a Junta General de accionistas con fecha dieciocho de agosto de dos mil nueve, en primera convocatoria y con fecha veintidós de agosto del mismo año en segunda convocatoria, según se acredita con la esquila de convocatoria y la publicación realizada en el diario “Ahora” de fecha catorce de agosto de dos mil nueve. Sostiene que es extraño, que aun cuando el Directorio en esos últimos meses no se había reunido, era materialmente imposible que en sesión de Directorio se haya decidido convocar a Junta General de Accionistas, por lo que de haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal, dicha convocatoria es nula. Añade que el demandado deberá exhibir el Acta de Sesión de Directorio, en cual deciden convocar a Junta General de Accionistas, por lo que al no haberse reunido el Directorio y menos sesionado y acordado convocar a Junta General, dicha convocatoria no se ajusta a derecho. Alega que la referida convocatoria en las sociedades anónimas cerradas, está reservada a dos órganos de la sociedad, como es el directorio y el gerente general; por lo que en el presente caso al ser convocada por el Presidente del Directorio a título personal, dicha convocatoria es nula, pues vulnera el artículo 38 de la Ley acotada.

Tercero.- Que, mediante el acta de audiencia de saneamiento procesal, y conciliación, obrante a fojas ciento cuarenta y cinco a ciento cuarenta y ocho, se ha fijado los siguientes puntos controvertidos: a) Determinar si adolece de nulidad la esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas del dieciocho de agosto de dos mil nueve, en la medida que fue convocada por el Directorio; b) Determinar si es válido el acuerdo de Directorio el día trece de agosto de dos mil nueve, en donde se dispuso convocar a Junta General de Accionistas. Cuarto.- Que, para los fines de mejor resolver la presente casación resulta necesario precisar que el artículo 245 de la Ley General de Sociedades N° 26887 hace referencia a tres

actos jurídicos de contenido societario, autónomos, pero lógicamente conectados entre sí: el acuerdo de Convocatoria a Junta General de Accionistas, la esquila por la cual el órgano de gobierno facultado para realizar la convocatoria, comunica a los asociados dicha convocatoria y la Junta General de Accionistas que deriva de la convocatoria; habiéndose solicitado por el demandante, conforme se deduce de la pretensión invocada en dicha demanda, únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria. Quinto.- Que, el A quo expide la sentencia de primera instancia de fojas ciento sesenta y cuatro a ciento setenta, declarando infundada la demanda; interpuesta por don Nicola Felice Aquiliano y don Pedro Kovacic Taramona contra don Salvatore Lettieri, sobre impugnación de esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas; y, el pago de costas y costos del proceso; basando principalmente su decisión en la teoría de los actos propios y precisando que el petitorio de la demanda se circunscribe solamente a la nulidad de la esquila de convocatoria a Junta General Extraordinaria, de fecha trece de agosto de dos mil nueve, mediante la cual el Presidente del Directorio convocó a Junta General de Accionistas citada, cuya agenda era: a) Elección del nuevo directorio; b) Remoción de don Nicola Felice como Gerente General de la empresa y revocatoria de poderes; c) Desistimiento de denuncia penal presentada por la empresa y d) Otorgamiento de facultades. Precisa que la referida esquila obra a fojas tres y diecisiete vuelta y en ella se señala que dicha convocatoria se dio de conformidad con lo dispuesto por el Directorio, por lo que es necesario analizar este último, pues el propio demandante afirma que no existió acuerdo de Directorio alguno. Establece que del acta de la Junta General de Accionistas, que obra a fojas veintiocho a cuarenta, su fecha ocho de agosto de dos mil nueve, se infiere que se llevó a cabo dicha junta general convocada por la esquila de convocatoria cuestionada a través del presente proceso. Agrega que a fojas sesenta y cinco a setenta y seis obra la escritura pública de modificación integral de Estatutos de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada donde establece en el artículo 22 que la Junta General de Accionistas es convocada por el Directorio de conformidad con el artículo 116 de la Ley General de Sociedades y para su celebración la anticipación de la publicación será no

menor de tres días, formalidad que se ha cumplido en este caso, según se constata en la esquila de fojas tres, cuatro, cinco, ciento cinco y vuelta; donde se aprecia que fue convocada por el Presidente del Directorio Salvatore Lettieri y con una anticipación de tres días por lo que se cumple con lo dispuesto por los artículos 116 y 245 de la citada Ley. El A quo además analiza si existió o no el acuerdo de Directorio de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, donde se decidió convocar a Junta General Extraordinaria de Socios y los puntos detallados en la esquila de convocatoria materia de litis, por lo que al respecto señala que en la sesión de Directorio, llevada a cabo el trece de agosto de dos mil nueve, se aprecia del libro de actas de fojas noventa y cinco a noventa y seis, que se acordó convocar a Junta General de Accionistas para tratar la agenda antes citada. Agrega que si bien, el artículo 168 de la misma Ley, establece que el quórum del directorio es la mitad más uno de sus miembros, y el artículo 27 del estatuto de la empresa indica que el directorio está compuesto por cuatro miembros, sin embargo, el artículo 28 de dicho estatuto señala que el quórum del directorio es de 2 miembros, si bien existe contradicción de normas, por jerarquía, el artículo 138 de la referida Ley, debe ser aplicable al caso de autos. Colige que a fojas noventa y tres a noventa y cinco, observa en el acta de sesión, que la sesión del trece de agosto de dos mil nueve se llevó a cabo con la presencia de dos de los cuatro miembros del Directorio: Gennaro Lettieri y Salvattore Lettieri, donde se acordó entre otros puntos.- “Convocar a la Junta General de Accionistas para el día martes dieciocho de agosto de dos mil nueve con la agenda descrita anteriormente” Agrega que Aun cuando no se cumplió con el quorum correspondiente, el codemandante Nicola Felice Aquiliano, pretendió evitar la realización de la misma, así lo prueba el acta notarial de comprobación de hecho (ver fojas noventa y cinco a noventa y ocho), disponiendo que no se permita el ingreso de los demás miembros del Directorio, dejando un letrero en la puerta del local indicando que la sesión de directorio se realizará en segunda fecha por falta de quorum; lo cual también se corrobora en la audiencia especial de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos, donde éste reconoce haber estado en el local el trece de agosto de dos mil nueve, y fue él quien dispuso pegar el aviso de

aplazamiento de la junta respectiva. Concluye que dicha actitud es relevante ya que el hecho de estar presente en el local, habría conllevado a completar el quórum establecido en el acotado artículo 168 de la Ley societaria; por tanto, es incongruente que pretenda ahora alegar judicialmente la inexistencia de dicho directorio que aprobó convocar la Junta General de Accionistas, para pretender la nulidad de la esquila de convocatoria, ya que contraviene a su propio actuar, siendo de aplicación el aludido principio de los actos propios, pues “nadie puede actuar contra los actos propios”. Agrega que el acta de directorio del trece de agosto de dos mil nueve, que aprobó la convocatoria a la junta general de accionistas, sobre la cual se sustenta la esquila de convocatoria, no ha sido impugnada, por tanto no puede ser materia de cuestionamiento en el presente proceso, por tanto no existe causal alguna de nulidad. Sexto.- Que, apelada la sentencia de primera instancia, conforme a los agravios expuestos en el escrito correspondiente y concedida dicha apelación, la Sala Superior, expide la sentencia de vista recurrida, de fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta, revocando la sentencia apelada que declara infundada la demanda sobre nulidad de acuerdo societario y reformándola la declara fundada la citada demanda; en consecuencia nula la convocatoria a Junta General de Accionistas y la esquila publicada en el Diario “Ahora” su fecha catorce de agosto de dos mil nueve; sustentando principalmente su decisión en el artículo 38 de la Ley General de Sociedades y estableciendo que en el caso concreto, el acuerdo (convocatoria) mediante el cual se convoca a junta general de accionistas para realizarse en primera convocatoria, el dieciocho de agosto de dos mil nueve y en segunda convocatoria el veintidós de agosto de dos mil nueve, no ha sido adoptada por la mayoría de socios de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, sino por el Directorio, por lo tanto no constituye un acuerdo societario en sentido estricto, cuya invalidez se impugna según el acotado artículo 38. Señala que la convocatoria al directorio la realiza el presidente o quien haga sus veces, en los plazos y oportunidades que señale el estatuto y cada vez que lo juzgue necesario para el interés social, o cuando lo solicita cualquier director o el gerente general según el artículo 167 de la referida Ley. Agrega que conforme a los

artículo 168 de la misma Ley societaria; referidas al quórum del directorio, este está conformado por la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquél. El estatuto puede señalar un quórum mayor en forma general o para determinados asuntos, pero no es válida la disposición que exija la concurrencia de todos los directores. Precisa que dicha norma es aplicable al caso concreto y no el estatuto, pues este último en su artículo 28 contradictoriamente a la ley, establece que el quórum del directorio es de es de dos miembros y en caso de empate decide quien la preside. Agrega que en ese sentido teniendo en consideración que el directorio de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada está conformado por cuatro directores; sin embargo, los demandados no han acreditado haber realizado la convocatoria cumpliendo con el quórum de asistencia, ya que sólo asistieron dos, adoleciendo por ende de nulidad, al haberse realizado contraviniendo el artículo 167 de la Ley antes citada. Sobre la validez de la esquila de la convocatoria, indica que debe analizarse a partir de la validez de la convocatoria y a la luz del artículo 245 concordante con el artículo 116 del mismo cuerpo legal. Al respecto establece que en este caso, si bien la esquila de convocatoria de fojas diecisiete cumple los requisitos de ley, sin embargo, también es inválida, en la medida que como se tiene sostenido, la convocatoria que la origina es nula, al haber sido realizada contraviniendo la ley acotada. Concluye que la conducta de los demandantes, tendiente a impedir la realización de Junta General de Accionistas, no justifica la vulneración de las normas acotadas, en todo caso los demandados debieron haber utilizado los mecanismos que la ley ha puesto a su alcance. Sétimo.- Que, al respecto debe precisarse previamente que el Principio denominado “motivación de los fallos judiciales”, constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración del derecho en un caso concreto, es una facultad del Juzgador que por imperio del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, impone una exigencia social de que la comunidad sienta como un valor jurídico, denominado, fundamentación o motivación de la sentencia; el mismo que se encuentra

contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incisos 3 y 4 del Artículo 122 y 50 inciso 6 del Código Adjetivo. Octavo.- Que, a su vez, siendo ello así, el Juez debe, en su resolución motivada, expresar el razonamiento que lo lleva a adoptar su decisión, lo que incluye expresar la valoración conjunta y razonada de las pruebas obrantes en autos. Siendo así, el juez al momento de fundamentar su decisión debe motivar por escrito su valoración probatoria y explicar por qué considera acreditado un determinado supuesto fáctico, al menos, en sus consideraciones esenciales, de no hacerlo nos encontraríamos ante el supuesto de motivación aparente o motivación inexistente, circunstancia que no permite a las partes, conocer cuál es la razón por la cual, el juzgador da por acreditado determinado hecho o atribuye un hecho una determinada consecuencia jurídica sin sustento normativo. Ante ello, también debe tenerse en cuenta que, como ha señalado el Tribunal Constitucional⁴ “La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y [que] por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión”. Noveno.- Que, el aludido principio tiene como vicio procesal dos manifestaciones: 1) la falta de motivación y 2) la defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: a) motivación aparente; b) motivación insuficiente; y c) motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Décimo.- Que, ante el vicio descrito en el considerando precedente, este Supremo Tribunal está facultado para ejercitar su función de control de logicidad, lo que implica verificar si el razonamiento lógico jurídico seguido por los Juzgadores de las instancias respectivas es correcto desde el

punto de vista de la lógica formal, esto es, como elemento de validación del pensamiento, como eslabón de la cadena de conocimientos que nos conducen a la posesión de la verdad, conforme a las reglas del buen pensar. Lo contrario generaría una vulneración al principio de motivación de los fallos judiciales, el que debe ser resultado del razonamiento jurídico que efectúa el Juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso (los que forman convicción sobre la verdad de ellos) y la aplicación del derecho objetivo. Empero, cuando dicho razonamiento jurídico viola las reglas de la lógica en su estructura se incurre en lo que se denomina como “error in cogitando” o de incoherencia. Décimo Primero.- Que, bajo ese contexto dogmático y atendiendo a los fundamentos por infracción normativa procesal, se puede advertir que en efecto, mediante la presente demanda sobre nulidad de acuerdo societario, la parte demandante solicita únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas, por haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal y no cumplir con las formalidades exigidas en el artículo 245 de la Ley General de Sociedades; razón por la cual los puntos controvertidos están orientados en determinar a) si adolece de nulidad la esquila de convocatoria a Junta General de Accionistas del dieciocho de agosto de dos mil nueve, en la medida que fue convocada por el Directorio y b) si es válido el acuerdo de Directorio el día trece de agosto de dos mil nueve, en donde se dispuso convocar a Junta General de Accionistas; no obstante la Sala Superior circunscribe la controversia en la sentencia de vista recurrida, en hechos no alegados por la partes ni fijados como puntos controvertidos; como es, la falta de quórum del Directorio, tanto más cuando el demandante don Nicole Felice Aquilano en su calidad de gerente general de la empresa Tabacalera del Oriente Sociedad Anónima Cerrada, no cuestionó la validez del artículo 27 del estatuto de la citada empresa. Décimo Segundo.- Que, por último se advierte que en la resolución recurrida, se omite fundamentar con claridad y precisión, cual es el requisito exigido por el artículo 167 de la Ley General de Sociedades que ha sido vulnerado por la parte demandada, para que se declare nula la convocatoria a la Junta General de Accionistas; pues la Sala Superior, sobre la base de este último

precepto legal, desarrolla sus fundamentos fácticos por los cuales considera que la demanda debe declararse fundada y ordena que se declare nula la convocatoria a la Junta General de Accionistas y la esquila publicada en el Diario Ahora con fecha catorce de agosto de dos mil nueve; pues la premisa normativa en que se sustenta su actividad hermenéutica y valorativa de la prueba es incorrecta y no se ajusta a los hechos expuestos en la demanda, dado que como ha quedado establecido, mediante la presente demanda se peticiona únicamente la nulidad de la esquila de convocatoria a junta general de accionistas, por haber sido convocada por el Presidente del Directorio a título personal y según lo apreciado en el acta de sesión de fojas noventa y tres a noventa y cinco, esta se llevó a cabo con fecha trece de agosto de dos mil nueve y con la presencia de dos de los cuatro miembros del Directorio, don Gennaro Lettieri y Salvattore Lettieri, acordando entre otros puntos.- “Convocar a la Junta General de Accionistas para el día martes dieciocho de agosto de dos mil nueve con la agenda descrita anteriormente”, lo que no se materializó por impedimento del co-demandante Nicole Felice Aquiliano, según el acta notarial de comprobación de hecho obrante a fojas noventa y cinco a noventa y ocho, lo que se haya corroborado en la audiencia especial de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos, pues reconoce haber estado en el local el trece de agosto de dos mil nueve. Consecuentemente al no haber sido materia de cuestionamiento por ambas partes el acta de directorio de fecha trece de agosto de dos mil nueve, que aprobó la convocatoria a la junta general de accionistas, sobre la cual se sustenta la esquila de convocatoria, tampoco puede ser materia de controversia en el presente proceso. Por tanto, también se ha configurado una arbitraria valoración de la prueba; lo que origina un fallo con una motivación aparente que no corresponde a los criterios legales ni para la selección del material fáctico ni para la apreciación lógica y razonada de la prueba; razón más que suficiente para que la Corte de Casación no pueda estar impedida de revisar la actividad procesal en materia de la prueba; como ha sucedido en el presente caso. Décimo Tercero.- Que, sobre la base de lo expuesto se puede constatar que la Sala Superior ha transgredido el principio de congruencia procesal previsto en el artículo VII del Título Preliminar del anotado

cuerpo normativo procesal, concordado con el inciso Sexto del artículo cincuenta del mismo texto; incurriendo en un pronunciamiento extra petita, es decir, en el que el Tribunal A quem emite una decisión respecto de un petitorio no solicitado (nulidad de acuerdo de directorio); sustentándola en hechos no alegados por las partes, lo que acarrea ineludiblemente la nulidad de la resolución cuestionada por contravenir lo dispuesto en el artículo ciento veintidós incisos Tercero y Cuarto del Código Procesal Civil, que señala imperativamente que las resoluciones contienen los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho, con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado, además de la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos. Más aún cuando el aludido Tribunal no tiene la facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor (demandante) y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda, ni sustentar en hechos no alegados por esta. En tal sentido, el principio de la congruencia judicial exige al juez que no omita, altere o exceda las peticiones contenidas en el proceso que resuelve. Por las razones precedentes, se ha configurado la causal denunciada referida a la infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y 122, inciso 3) del Código Procesal Civil. 4. DECISION: Estando a lo expuesto y en aplicación del tercer párrafo del artículo 396 inciso 1 del Código Procesal Civil modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, publicada el veintiocho de mayo de dos mil nueve Declararon: a) FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la parte demandada conformada por don Salvatore Lettieri, mediante escrito de fojas doscientos cuarenta y cinco, en consecuencia NULA la sentencia de vista contenida en la Resolución N° treinta y uno, su fecha quince de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas doscientos treinta y siete a doscientos cuarenta; b) DISPUSIERON que la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín expida nueva resolución con arreglo a ley; c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Nicola Felice Aquilano y don Pedro Kovacic Taramona con don Salvatore Lettieri sobre nulidad de acuerdo

societario y los devolvieron. Interviene como ponente el Juez Supremo Castañeda Serrano.

S.S.ALMENARA BRYSON,
DE VALDIVIA CANO,
WALDE JAUREGUI,
HUAMANI LLAMAS,
CASTAÑEDA SERRANO

Anexo Nº 4

CASACIÓN Nº 958-2010 PUNO (Publicada: 29-02-2012)

Lima, veinte de junio del año dos mil once

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: vista la causa número novecientos cincuenta y ocho - dos mil diez; en Audiencia Pública el día de la fecha, con lo expuesto en el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil y producida la votación conforme a ley expide la siguiente sentencia. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por María Lina Valencia de Aza a través del escrito de fojas setecientos seis del expediente principal, contra la sentencia de segunda instancia obrante a fojas seiscientos ochenta y uno, de fecha trece de enero del año dos mil diez, que pronunció la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, el recurso extraordinario se declaró procedente por resolución de fecha veintidós de junio del año dos mil diez, obrante a fojas treinta y cinco del cuadernillo de casación, al invocar la recurrente, como fundamento de su recurso de casación: a) Aplicación indebida del artículo trescientos diecinueve del Código Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, ya que la Sala debió aplicar el artículo trescientos diecinueve antes de la referida modificación, pues, la Sala Superior considera que la separación se produjo el cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, entonces no es posible aplicar la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, en razón de que esta Ley se dio el día siete de julio del año dos mil uno, es decir, es posterior al hecho que determina la Sala como causa de separación de hecho, es más, la Sala Superior incurre en error al determinar este hecho de un acuerdo, como causal de la separación de hecho, teniéndose en cuenta que el demandante propició en forma directa tal situación, con lo que resulta la prohibición de amparar el divorcio en un hecho propio, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, b)

Inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en efecto la acción de divorcio por la causal de separación de hecho, implica necesariamente que el Juez, determine una indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado, en el presente caso se ha establecido que la recurrente es alimentista, sin trabajo, sin bienes y con la tenencia de sus hijos, por lo que resulta que con la sentencia se le perjudica, y el Juez no apreció de modo alguno este hecho, además, aduce que se pretende desalojarla del domicilio conyugal, sito en el jirón Piura número doscientos ochenta y uno de la ciudad de Puno, ya que ha sido demandada por desalojo por ocupación precaria por Elizabeth Aza Morales, hermana del demandante y en contubernio con este último, con lo que determina que es la más perjudicada; y, CONSIDERANDO: Primero.- Que, Percy Donato Aza Morales interpuso demanda contra María Lina Valencia de Aza y el Ministerio Público, sobre divorcio por la causal de separación de hecho de los cónyuges por período ininterrumpido de cuatro años, y acumulativamente tenencia, cuidado de los hijos y separación de bienes gananciales, a cuyo efecto solicita se declare la disolución del vínculo matrimonial, solicita que su menor hijo de iniciales K.A.V. quede bajo la tenencia de su madre y se declare disuelta la sociedad de bienes gananciales. A cuyo efecto alegó que contrajo matrimonio con la demandada por ante la Municipalidad Distrital de Wanchaq, provincia y departamento de Cusco el tres de marzo del año mil novecientos setenta ocho, y durante el matrimonio procrearon a sus hijos Javier Aza Valencia, Sigrid Aza Valencia y el menor de iniciales K.A.V. Por no haber comprensión con la demandada, y después de que ésta con argumentos falaces lo demandara por alimentos, ambos de mutuo acuerdo decidieron vivir separadamente desde el cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, según la transacción judicial presentada ante el Segundo Juzgado de Familia de Puno en el Expediente número quinientos cincuenta y cuatro - noventa y ocho, sobre cobro de alimentos, la referida transacción fue aprobada por Resolución número cero cinco - noventa y nueve de fecha dieciocho de enero del año mil novecientos noventa y nueve; y por lo tanto, desde esa fecha existe una separación de hecho. Durante la vigencia de su relación matrimonial no han adquirido bienes inmuebles, sólo muebles que se

quedaron en poder y a favor de la demandada. Respecto de la patria potestad de su menor hijo de iniciales K.A.V, se ha quedado al cuidado de la demandada y así debe permanecer, que no cabe pronunciamiento por los alimentos porque la demandada y su menor hijo perciben alimentos mediante descuento por planilla del cuarenta y seis por ciento de su remuneración. Después de la separación de hecho, empezó una nueva relación convivencial fuera del matrimonio, motivo por el cual ha sido hostigado por la demandada y en presencia de sus dos últimos hijos. Segundo.- Que, el Fiscal Provincial cumplió con apersonarse al proceso, señaló su domicilio procesal, contradijo la demanda en todos sus extremos a mérito de la defensa de la institución de la familia. Contestó negativamente la demanda; sosteniendo que para pretender la disolución de la unión conyugal tendrán que presentarse hechos graves extremos que afecten la unidad familiar y siendo el fundamento del presente la separación de hecho, lo que no ha sido debidamente acreditada. Tercero.- Que, María Lina Valencia de Aza contestó la demanda y expresó que el demandante está sorprendiendo con afirmaciones inexactas, pues no existe prueba alguna de parte del actor que acredite una separación de hecho, pues el documento de transacción es únicamente para otorgar una pensión de alimentos y no de separación, en todo caso no existe otro proceso que pruebe una separación de hecho. En la actualidad viven juntos, no ha existido el abandono del hogar conyugal; por lo tanto, no existe razón justificada de manifestar una separación de hecho. Asimismo, las pretensiones accesorias de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos y separación de bienes gananciales deben ser declaradas improcedentes por no haber sido autorizadas por el demandante y no haberse fundamentado en hechos, jurídicamente y con medios probatorios. Cuarto.- Que, la sentencia de primera instancia obrante a fojas seiscientos veintitrés del expediente principal, de fecha tres de junio de del año dos mil nueve, declaró fundada la demanda sobre divorcio por la causal de separación de hecho y acumulativamente tenencia y cuidado de los hijos y separación de bienes gananciales, contra su cónyuge María Lina Valencia de Aza, y en consecuencia, declaró disuelto el vínculo matrimonial contraído por María Lina Valencia de Aza y Percy Donato Aza Morales el día tres de marzo del año mil

novecientos setenta y ocho; declaró que la tenencia del menor de iniciales K.A.V. sea ejercida por su madre Maria Lina Valencia de Aza, y fijó un régimen de visitas a favor del padre Percy Donato Aza Morales de una vez por semana, el día sábado o domingo de ocho de la mañana hasta las dos de la tarde, previa coordinación con la madre y con el propio menor, por fenecida la sociedad de gananciales, el derecho de la mujer de llevar el apellido paterno del marido y el fenecimiento del derecho sucesorio entre ambos cónyuges y dispone que aprobada la sentencia se cursen los partes y oficios correspondientes a la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Wanchaq, provincia de Cusco, al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil y al Registro Personal de los Registros Públicos para su inscripción, al considerar que conforme a la partida de matrimonio obrante a fojas seiscientos seis en copia certificada, se tiene que el demandante Percy Donato Aza Morales ha contraído matrimonio con la demandada María Lina Valencia Escalante, el día tres de marzo del año mil novecientos setenta y ocho, por cuya razón el hecho del matrimonio se encuentra acreditado; asimismo, con las copias de las partidas de nacimiento obrantes a fojas tres, cuatro y cinco del expediente principal se acredita que ambos cónyuges han procreado a Javier, Sigrid, y al menor de iniciales K.A.V. Se aprecia que en efecto ambos cónyuges en la actualidad no comparten el mismo domicilio y que la separación de hecho fue de carácter convencional, y se retrotrae al cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, como se aprecia del escrito de fecha cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, presentado en el Proceso número noventa y ocho - quinientos cincuenta y cuatro, y cuya copia consta a fojas doscientos setenta y ocho del expediente principal - declaración asimilada en virtud de lo dispuesto en el artículo doscientos veintiuno del Código Procesal Civil-. La cónyuge demandada en su escrito de contestación de la demanda, sostiene que a la fecha existe vida en común entre ambos cónyuges en el jirón Piura número doscientos ochenta y uno de la provincia de Puno, y acredita tal hecho, acompañando una copia de una constatación policial obrante a fojas cuarenta y cinco, en la que sin embargo no se ha verificado la presencia física del demandante en el domicilio señalado, habiéndose dejado constancia de que el

demandante también domicilia en dicho inmueble por afirmación de Lidia Zapana Condori; sin embargo, la declaración testimonial de tal persona no ha sido ofrecida como medio probatorio, que resulta la forma más verosímil para su probanza judicial, pero luego de ello no existen medios probatorios que sostengan las afirmaciones de la cónyuge demandada. Resulta evidente que entre ambos cónyuges existe una separación de hecho superior a los cuatro años, y que no es posible la reanudación de la vida conyugal pues el mismo actor ha señalado en su demanda y al prestar su declaración en la Audiencia de Pruebas, que ha iniciado una nueva relación sentimental, y que conforme al acuerdo transaccional señalado, la separación de hecho proviene del acuerdo convencional entre ambos cónyuges, no existiendo por tanto cónyuge perjudicado. Que en lo concerniente a que no existe en ambos cónyuges la voluntad de seguir manteniendo su relación conyugal se aprecia del ánimo o voluntad irreconciliable del demandante de no continuar su relación conyugal con la demandada, pues ha instado la presente acción en coherencia con ese sentimiento; por lo que en este extremo es evidente que se ha acreditado el elemento subjetivo de la causal, lo que lleva a que la pretensión principal del demandante debe ser amparada por haberse acreditado tanto la separación de hecho superior a los cuatro años en la relación conyugal de ambos cónyuges, como que no existe el ánimo de reconciliarse y reanudar la vida en común. En lo concerniente a la tenencia del menor de iniciales K.A.V.. el demandante ha solicitado que ésta recaiga en la cónyuge demandada, y de lo probado durante el desarrollo del proceso se concluye que el aludido menor ha vivido durante mayor tiempo en la compañía de su madre, por lo que al favorecer a la madre con la tenencia de su menor hijo, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo ochenta y cuatro del Código de los Niños y Adolescentes, modificado por la Ley número veintinueve mil doscientos sesenta y nueve. Este pronunciamiento no puede ser considerado extra o ultra petita, pues constituye un imperativo para el Juzgador al resolver lo relacionado a la pretensión de tenencia, y además se ha acreditado que el demandante viene cumpliendo su obligación alimentaria con el referido menor. En lo relacionado a la pretensión de separación de bienes gananciales, debe entenderse que se solicita el fenecimiento de la

sociedad de gananciales, por lo que ésta debe proceder conforme a que constituye consecuencia legal de la disolución del vínculo matrimonial, y en ejecución de sentencia procederse a la liquidación de la sociedad de gananciales. Asimismo, debe declararse el fenecimiento del derecho de la cónyuge de llevar el apellido del marido y del derecho sucesorio entre ambos cónyuges. Quinto.- Que, la demandada María Lina Valencia de Aza apeló la sentencia al considerar y argumentar que el Juez debe obligatoriamente pronunciarse sobre el cónyuge que resulte más perjudicado, además es requisito de la demanda acreditar encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias en base al artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, no existiendo ningún medio probatorio al respecto; además de no haberse aplicado obligatoriamente lo dispuesto en los artículos trescientos veintitrés, trescientos veinticuatro, doscientos cuarenta y dos, trescientos cuarenta y tres, trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos del Código Civil. El demandante ha invocado un hecho propio para lograr la separación de hecho, al manifestar que se ha separado de la relación conyugal por incomprensión y hostigamiento por parte de la demandada, e indicó que ha iniciado una nueva relación convivencial fuera del matrimonio, hecho que no ha sido considerado por el Juez, por ser el propio demandante quien ha perjudicado la relación conyugal. La sentencia no contiene en forma clara la mención sucesiva de las pretensiones de alimentos, liquidación de la sociedad de gananciales, no se ha pronunciado sobre el perjuicio que conlleva la declaración del divorcio; es decir, no se ha motivado la resolución según lo previsto por el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, motivo por el cual debe declararse su nulidad. Sexto.- Que la sentencia de segunda instancia obrante a fojas seiscientos ochenta y uno del expediente principal, de fecha trece de enero del año dos mil diez, confirmó la sentencia apelada, que declaró fundada la demanda sobre divorcio por causal de separación de hecho y acumulativamente tenencia y cuidado de los hijos y separación de bienes gananciales, y declaró disuelto el vínculo matrimonial contraído por María Lina Valencia de Aza y Percy Donato Aza Morales el día tres de marzo del año mil novecientos setenta y ocho; declaró que la tenencia del menor de iniciales K.A.V. sea ejercida por su madre

María Lina Valencia de Aza, y se fijó un régimen de visitas a favor del padre Percy Donato Aza Morales de una vez por semana, el día sábado o domingo de ocho de la mañana hasta las dos de la tarde, previa coordinación con la madre y con el propio menor, por fenecida la sociedad de gananciales, el derecho de la mujer de llevar el apellido paterno del marido y el fenecimiento del derecho sucesorio entre ambos cónyuges y dispone que aprobada la sentencia se cursen los partes y oficios correspondientes a la Oficina de Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Wanchaq, provincia de Cusco, al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil y al Registro Personal de los Registros Públicos para su inscripción-; la integró en el extremo del fenecimiento de la sociedad de gananciales, la misma que debe regir desde el siete de julio del año dos mil uno en aplicación de lo dispuesto por Ley número veintisiete mil novecientos cuarenta y cinco. Ello al evaluar que la sentencia se funda en que la causal de separación de hecho demandada se encuentra acreditada con la propia declaración asimilada efectuada por la demandada María Lina Valencia de Aza en su escrito de absolución a la demanda quien indica que el documento de transacción celebrado con su cónyuge obrante a fojas nueve del expediente principal que en el quinto apartado señala taxativamente: “Ambas partes convenimos que a partir de la fecha cada cónyuge va a vivir separadamente, por acuerdo mutuo de los mismos”; documento éste que data de fecha cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve. Asimismo, dicha separación se acredita también con la constatación policial obrante a fojas cuarenta y cinco del expediente principal en la que se hace referencia que el demandante domicilia en el jirón Piura número doscientos ochenta y uno, sin embargo, no se ha constatado la presencia física de éste, máxime que no se ha ofrecido la declaración testimonial de Lidia Zapana Condori en autos, a efecto de sustentar lo alegado, no existiendo prueba alguna de las alegaciones hechas por la demandada. Por sentencia de vista de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil cinco se declaró la nulidad de la sentencia, insubsistente lo actuado y ordenó emitir nueva resolución de saneamiento del proceso, ya que no se habría cumplido con acumular la pretensiones accesorias, como es la cesación de alimentos, tenencia y custodia de menor entre otros,

subsanción que fue realizada mediante escrito obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y dos del expediente principal, habiendo precisado el demandante que respecto a la pretensión de los alimentos de la demandada y sus hijos no debe existir pronunciamiento por existir decisión judicial firme acreditada en autos con la copias del expediente de alimentos quinientos cincuenta y cuatro - noventa y ocho, con lo que se ha acreditado el cumplimiento de la obligación alimentaria. No se ha llegado a acreditar cual es el cónyuge perjudicado puesto que la separación ha surgido de un acuerdo transaccional celebrado entre ambos el cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, al no existir ánimo de reconciliación y reanudar una vida en común. Respecto a la tenencia del menor de iniciales K.A.V., ha quedado demostrado que con quien ha compartido más tiempo de su vida es al lado de su madre, a quien debe concedérsele la tenencia del referido menor, tanto más que a favor de éste se ha acreditado el cumplimiento de la pensión alimentaria, el mismo que se encuentra al día cumpliéndose con el requisito especial de admisibilidad de la demanda establecido en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. Estando probada la separación de hecho ocurrida el cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, es necesario aplicar al caso de autos lo dispuesto por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco que modifica el artículo trescientos diecinueve: "Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de las sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia, en la notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes -... in fine-. En los casos previstos en los incisos quinto y décimo segundo del artículo trescientos treinta y tres, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho." Asimismo, la primera disposición complementaria y transitoria de dicha ley prevé: La presente ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo que implica proceder a integrar la sentencia recurrida en este extremo. Sétimo.- Que, el agravio de la recurrente se refiere a la

aplicación indebida del artículo trescientos diecinueve del Código Civil, modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos noventa y cinco, por cuanto la Sala Superior incurre en error al determinar un acuerdo, como causal de la separación de hecho, teniéndose en cuenta que el demandante propició en forma directa dicha situación, con lo que resulta la prohibición de amparar el divorcio en un hecho propio, contraviniendo el artículo trescientos treinta y cinco del Código Civil; y, la inaplicación del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, ya que alega, que en efecto la acción de divorcio por la causal de separación de hecho, implica necesariamente que el Juez determine una indemnización para el cónyuge que resulte perjudicado, en el presente caso se ha establecido que la recurrente es alimentista, sin trabajo, sin bienes y con la tenencia de sus hijos, por lo que resulta que con la sentencia se le perjudica, y el Juez no apreció de modo alguno este hecho, además, aduce que se pretende desalojarla del domicilio conyugal, sito en el jirón Piura número doscientos ochenta y uno de la ciudad de Puno, ya que ha sido demandada por la pretensión de desalojo por ocupación precaria por Elizabeth Aza Morales, hermana del demandante y en contubernio con este último, con lo que se determina que es la más perjudicada. Octavo.- Que, entonces en este caso para resolver las infracciones normativas esgrimidas por la recurrente se debe tener presente que respecto al supuesto de motivación inexistente o aparente, el Tribunal Constitucional ha señalado en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia recaída en el Expediente número cero cero setecientos veintiocho - dos mil ocho - HC, de fecha trece de octubre del año dos mil ocho -Publicada en el Diario Oficial El Peruano el veintitrés de octubre del año dos mil ocho- que: “ (...) está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustenten la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídica”. Asimismo, la motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento del debido proceso y, además, se ha considerado como principio y derecho de la función

jurisdiccional, consagrado en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, norma constitucional que ha sido recogida en el artículo doce de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el inciso sexto del artículo cincuenta, e incisos tercero y cuarto del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, y, cuya contravención origina la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas procesales señaladas; del mismo modo, la motivación de las resoluciones cumple esencialmente dos funciones: Endoprocesal y extraprocesal. La primera, tiene lugar al interior del proceso, respecto de las partes, terceros legitimados y de los propios Órganos Jurisdiccionales, y comprende las siguientes dimensiones: i) Tiene por función específica convencer y persuadir a las partes de la razonabilidad de los argumentos y la justicia de la decisión adoptada, tratando de eliminar la sensación que pudieran tener las partes sobre la presunta arbitrariedad o irracionalidad de la decisión judicial; ii) Permite la viabilidad y efectividad de los recursos impugnatorios, haciendo posible su análisis crítico y expresión de errores de hecho y de derecho, así como agravios, vía apelación o casación; y iii) Permite el control del Órgano Jurisdiccional Superior, quien deberá establecer si se han cumplido las normas imperativas que garantizan el derecho a un debido proceso y particularmente, con el deber constitucional de la motivación adecuada y suficiente, verificando la razonabilidad de los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión. La segunda función -extraprocesal- tiene lugar en el ámbito externo del proceso y está dirigida al control del comportamiento funcional de los Órganos Jurisdiccionales, y se expresa de las siguientes formas: i) Haciendo accesible el control de la opinión pública sobre la función jurisdiccional, a través del Principio de Publicidad de los procesos, conforme al postulado contenido en el inciso veinte del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el cual prescribe que toda persona tiene derecho a formular análisis y críticas a las resoluciones y sentencias judiciales con las limitaciones de ley; y, ii) Expresa la vinculación del Juez independiente a la Constitución Política del Estado y a la Ley, derivándose responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal por el ejercicio irregular o arbitrario de su función. Noveno.- Que, para efecto de

absolver las infracciones denunciadas en los fundamentos del recurso, debe tenerse en cuenta que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del año dos mil once en el Tercer Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro - dos mil diez Puno, en el proceso seguido por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco sobre divorcio por la causal de separación de hecho, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido precedente judicial vinculante en los siguientes términos: “(...) 1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos cuatro y cuarenta y tres de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: El niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho. 2. En los procesos sobre divorcio -y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. 3. Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal: 3.1. A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvencción, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios. 3.2. De oficio, el Juez

de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata. 3.3. En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados. 3.4. En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado -y probado- la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello. 3.5. En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural. 4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes. 5. El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de

la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil. 6. La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar.” Finalmente, se dispuso que el citado precedente tendría efectos vinculantes para todos los Órganos Jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano; y habiendo tenido lugar dicha publicación el día trece de mayo del presente año, sus efectos resultan plenamente aplicables al presente proceso. Décimo.- Que, teniendo en cuenta estos parámetros, corresponde pronunciarse en primer término respecto a la causal de infracción normativa a que se contrae el recurso de casación. Como se tiene dicho en el considerando anterior, la sentencia dictada en el Tercer Pleno Casatorio estableció las bases para una correcta interpretación de los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, en especial sobre el tema de la indemnización o adjudicación preferente de los bienes a favor del cónyuge más perjudicado como producto de la separación o del divorcio en sí. Tal como se desarrolla en el fundamento cincuenta y nueve del acotado precedente, para determinar la indemnización no se requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común -la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución-, particularmente no es necesario establecer factor de atribución alguno -como es el caso del dolo o la culpa en sentido estricto- ni la conducta antijurídica como requisitos de procedencia de esta indemnización. Por el contrario, resulta necesario que concurra la relación de causalidad entre el menoscabo económico -y el daño personal- con la separación de hecho y, en su caso, con el divorcio en sí. “(...) No se indemniza cualquier daño o todos los daños producidos en la época de la separación de hecho, sino aquel daño que sea consecuencia directa de dicha separación o del divorcio en sí.”; en otras palabras, sólo se indemnizan los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida, lógicamente, mucho antes de la interposición

de la demanda, y los perjuicios que se den desde la nueva situación jurídica que se produzca con ocasión del amparo de dicha demanda; es decir, la situación creada con el divorcio mismo. En tal sentido, el fundamento sesenta y uno del precedente judicial ha establecido que: "(...) para que proceda la indemnización -juicio de procedibilidad- por los daños producidos como consecuencia -nexo causal- del hecho objetivo de la separación de hecho o del divorcio en sí, el Juez debe verificar la relación de causalidad, sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, pues se trata del divorcio remedio. (...) es necesario puntualizar que generalmente, salvo situaciones excepcionales, con la ruptura de hecho se produce para ambos cónyuges perjuicios de diversa naturaleza, pero uno de los consortes resulta más perjudicado que el otro. En el contexto del juicio de procedibilidad el Juez verificará si existe en el proceso en concreto un cónyuge más perjudicado, al cual se refiere el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. Cosa distinta es que en el ámbito del juicio de fundabilidad se tengan en cuenta algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado. Así por ejemplo, si uno de los cónyuges se rehusó injustificadamente a cumplir con su obligación alimentaria a favor del otro cónyuge y de sus hijos; o bien, cuando aquél abandonó el hogar conyugal sin acreditar motivo justificado, más aún si se fue del hogar para convivir con tercera persona, dejando desamparados moral y materialmente a su consorte e hijos.". Décimo Primero.- Que, en el caso concreto, la Sala Superior, interpretó erróneamente los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, pues sostiene que no se ha llegado a acreditar cual es el cónyuge perjudicado puesto que la separación ha surgido de un acuerdo transaccional celebrado entre ambos el día cuatro de enero del año mil novecientos noventa y nueve, y la omisión respecto a la indemnización a que se refiere la norma acotada; lo que no resulta ajustado a derecho, toda vez que la indemnización o la adjudicación preferente de bienes a favor del cónyuge más perjudicado procede de oficio o a instancia de parte, siempre que se garantice el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa, el Principio de

Contradicción y el derecho a la instancia plural; además que la indemnización a que se refiere la norma material en comento no se circunscribe a los elementos subjetivos de dolo o culpa que integran la responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tiene un carácter de obligación legal; así se desarrolla en el fundamento cincuenta y cuatro de la sentencia recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro - dos mil diez Puno, cuando señala: “Para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil tiene el carácter de una obligación legal, la misma que puede ser cumplida de una sola vez en cualquiera de las dos formas siguientes: a) El pago de una suma de dinero o, b) La adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal. Se opta por dos soluciones de carácter alternativo pero a la vez con el carácter de excluyentes y definitivas. (...) El título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial”. A ello cabe agregar que -según lo establecido en los considerandos anteriores- para que proceda la indemnización en estos casos no es necesario acreditar la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad, sino básicamente la relación de causalidad y el daño producido, el cual comprende el daño moral, el mismo que está configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos o estados depresivos que padece la persona, en este caso, el cónyuge más perjudicado; razón por la cual estimamos que el recurso de casación resulta fundado. Décimo Segundo.- Que, siendo así, se advierte que la sentencia de vista incumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, pues, contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso; motivo por el cual, estamos ante una decisión que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, pues la impugnada debe pronunciarse sobre el fondo de la indemnización, conforme al referido Pleno Casatorio. Por lo tanto, al verificarse la causal de infracción normativa, debe ampararse el recurso de casación y proceder conforme a lo dispuesto en el inciso

primero del artículo trescientos noventa y seis del acotado Código Procesal. Décimo Tercero.- Que, así los hechos y el derecho y al configurarse el motivo de la infracción normativa, el recurso de casación debe ser estimado y procederse conforme a lo dispuesto en el artículos trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil. Por estos fundamentos, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por María Lina Valencia de Aza mediante su escrito obrante a fojas setecientos seis del expediente principal; CASARON la sentencia de vista impugnada, obrante a fojas seiscientos ochenta y uno del mismo expediente, de fecha trece de enero del año dos mil diez, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno; en consecuencia NULA la misma, e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de primera instancia obrante a fojas seiscientos veintitrés de dicho expediente de fecha tres de junio del año dos mil nueve; ORDENARON que el Juez de Primera Instancia emita nuevo fallo conforme a derecho y a los actuados; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Percy Donato Aza Morales contra María Lina Valencia de Aza, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-

SS. TICONA POSTIGO,
ARANDA RODRÍGUEZ,
PALOMINO GARCÍA,
VALCÁRCEL SALDAÑA,
MIRANDA MOLINA

Anexo Nº 5
CASACIÓN Nº 3738-2010 TACNA (Publicada: 02-07-2012)

Lima, siete de octubre del año dos mil once.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número tres mil setecientos treinta y ocho del año dos mil diez, en audiencia pública el día de la fecha y producida la votación, con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Es materia de autos el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos diecisiete por Dominga Teófila Poma de Vela, contra la sentencia de vista anexada a fojas doscientos setenta y uno, su fecha cinco de mayo del año dos mil diez, que confirma la sentencia apelada adjunta a fojas ciento noventa y tres, su fecha treinta de julio del año dos mil nueve en cuanto declara fundada la demanda de fojas veintiuno, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho: único extremo que fue revisado por la Sala Superior. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN: Esta Sala Suprema ha declarado procedente el recurso de casación mediante resolución expedida con fecha veintinueve de noviembre del año dos mil diez, por infracción

normativa de derecho procesal y material: a) La recurrida infringe lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil, de estricta aplicación a los hechos materia de controversia, pues refiere que el decaimiento del vínculo matrimonial implica perjuicio para la recurrente, ocasionado por culpa del demandante, quien no logró consolidar una familia estable, razón por la cual los órganos de instancia debieron emitir pronunciamiento sobre la existencia o no de un cónyuge perjudicado, pues para el caso de autos es la impugnante a quien le corresponde una indemnización por los daños sufridos conforme a la citada norma; por consiguiente, alega que la sentencia de vista viola los principios relativos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; b) Al emitirse la citada resolución, los órganos inferiores han incurrido en arbitrariedad fáctica y jurídica por cuanto no han examinado en su conjunto los medios probatorios aportados, consistentes en los expedientes sobre violencia familiar, alimentos y tenencia: además, sostiene que no hizo abandono del hogar conyugal, ni cometió adulterio, por lo tanto es la cónyuge perjudicada como consecuencia de los maltratos físicos y psicológicos infringidos por el hoy demandante, y por dicha razón se produjo la separación de hecho de ambas partes, al verse forzada a vivir en otro inmueble de la sociedad conyugal en compañía de sus menores hijos, lo cual no ha sido compulsado en los presentes autos. CONSIDERANDO: Primero.- Atendiendo a las infracciones normativas, expuestas en el literal a) se presentan tanto elementos procesales como materiales; por lo que primero deben ser analizados los de orden procesal; e incluso, por el momento en que se producen en el devenir del proceso, resulta anterior a la infracción normativa procesal indicada en el literal b), por lo que de estimarse aquél, no será necesario pronunciarse sobre éste. Segundo.- Entonces, analizando la infracción de orden procesal indicada en el literal a), debe tenerse en cuenta que en materia de casación es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio del derecho de defensa de las partes en litigio. Tercero.- Conforme a la infracción

normativa materia de análisis, el tema se sitúa en sede del divorcio por causal de separación de hecho y, en este ámbito, se debe establecer qué cónyuge es el perjudicado y la indemnización que le corresponde. En primera instancia, el Juez se limitó a aplicar el primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, relativo a un elemento de procedibilidad de la demanda, y guardó silencio sobre los aspectos antes referidos; estos aspectos fueron advertidos en el recurso de apelación, y la Sala Superior al absolver el grado estableció que la indemnización no había sido solicitada por la demandada, por ello no fue considerada en los puntos controvertidos, y consideró que en caso establecerse los mismos de oficio, se generaría indefensión. Cuarto.- Conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, el Juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, y deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Al respecto, y para el análisis de los aspectos procesales, se debe hacer remisión al Tercer Pleno Casatorio realizado por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República (casación número 4664-2010 de fecha dieciocho de marzo del año dos mil once), el mismo que tiene la calidad de precedente judicial conforme a lo previsto por el artículo 400 del Código Procesal Civil, y vincula a los Órganos Jurisdiccionales de la República, siendo de observancia obligatoria desde el día siguiente de su publicación realizada con fecha trece de mayo del año dos mil once, de observancia para los procesos pendientes de resolver y que aún no han pasado a tener la calidad de cosa juzgada. Quinto.- Entonces, haciendo un recuento de lo actuado en el proceso se advierte que, al presentarse la demanda a fojas veintiuno, el demandante Pablo Vela Marca solicitó el divorcio por las causales de separación de hecho, abandono de hogar conyugal y adulterio; y respecto del abandono señaló en esencia que la demandada Dominga Teófila Poma de Vela había abandonado el hogar y vivían separados desde el año mil novecientos noventa y nueve. Cuando la demandada contestó la demanda a fojas cincuenta y seis, señaló hechos relevantes para los autos, cuya trascendencia no

fue adecuadamente advertida por el juzgador, en ese sentido, señaló que se retiró del hogar conyugal por los continuos maltratos del demandante contra ella y contra sus hijos, reflejo de lo cual eran los procesos de tenencia (expediente número 164-2002), violencia familiar (expediente número 573-1999) y alimentos (expediente número 441-1999), y que todos esos hechos han llevado a que la demandada tenga que vivir en otra casa con sus hijos. Corrido traslado de la contestación de la demanda, el demandante no indicó mayor argumento; y al fijarse los puntos controvertidos a fojas ochenta y dos, éstos no hacen ninguna referencia a los diversos elementos que recoge el artículo 345-A del Código Civil conforme a lo antes señalado, lo que resultaba relevante si se tiene en cuenta que en los procesos de familia el Juez debe actuar de manera tuitiva, lo cual da lugar a la flexibilización de principios procesales tales como iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, ello en atención a los fines supremos de la protección al niño, a la madre, a la familia y al matrimonio, consagrados en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado. Ante ese vacío, la sentencia de primera instancia se limitó a señalar los elementos que configuran la separación de hecho, a declararlos y resolver a favor del demandante, pero sin atender a los elementos antes indicados; y ante la apelación, el Colegiado Superior se limitó a analizar aspectos relativos al principio de congruencia. Sexto.- Entonces, atendiendo a lo expuesto se advierte que el elemento indemnizatorio no fue materia de un pedido expreso, planteado a través de una reconvención; pero el Juez está habilitado para fijar de oficio una indemnización o adjudicación, siempre que uno de los cónyuges haya expresado de alguna forma y en el curso del proceso hechos concretos referidos al cónyuge más perjudicado con la separación de hecho, pero se debe garantizar al otro cónyuge el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural (segundo párrafo del numeral 77, confrontarlo con la parte final del numeral 80 del Tercer Pleno Casatorio). De no haber un pedido indemnizatorio o de adjudicación expresa, será suficiente, que uno de ellos alegue hechos claros y concretos referidos al perjuicio resultante de la separación de hecho, lo que debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito (tercer párrafo del

numeral 82 del Tercer Pleno Casatorio), lo que ha sucedido en autos, al advertir la demandada los gastos que tuvo que efectuar para atender la salud de uno de sus hijos, de la negativa del demandante a pagar tales gastos; a ello se añade la base probatoria que ha acompañado, entre ellas la sentencia condenatoria de violencia familiar obrante a fojas cuarenta y siete, y los informes psicológicos de los hijos obrantes de fojas cincuenta a cincuenta y tres. De lo expuesto, el Principio de Congruencia debe flexibilizarse, no siendo necesario que el cónyuge expresamente solicite una indemnización (lo que implica primero determinar quién es el cónyuge más perjudicado), siendo suficiente que se aleguen hechos que configuren su condición de cónyuge más perjudicado, y que la otra parte tenga la razonable oportunidad de pronunciarse sobre tales hechos, para preservar el derecho de defensa y el principio del contradictorio (primer párrafo del numeral 84 y primer párrafo del numeral 86 del Tercer Pleno Casatorio). Séptimo.- De todo lo expuesto se determina que en la contestación de la demanda se presentaron hechos relevantes que el Juzgador no cuidó en analizarlos adecuadamente en su momento, llevando a lo escueto de los puntos controvertidos fijados y a la ausencia de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia, todo lo cual contraviene los principios relativos al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva consagrados en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, lo cual trae como consecuencia concreta la infracción normativa procesal del segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil, en base a los argumentos expuestos anteriormente; por tanto, el Juez debe proveer nuevamente la contestación de la demanda y correr traslado de la misma al demandante para que exprese lo conveniente: observándose que los extremos relativos a las causales de abandono injustificado del hogar y adulterio no han sido materia del recurso de apelación ni de la casación, por lo que han quedado plenamente consentidos. Octavo.- Dado el efecto de la infracción normativa procesal que se está estimando, no viene al caso pronunciarse sobre la infracción normativa material contenida también en el literal a), ni sobre la infracción normativa procesal del literal b), pues éste implica ya un adecuado establecimiento de los hechos controvertidos, conforme se indicó en el primer considerando de esta sentencia

suprema. Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el inciso 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Dominga Teófila Poma de Vela; CASARON la sentencia de vista anexada a fojas doscientos setenta y uno, su fecha cinco de mayo del año dos mil diez, en consecuencia NULA la misma, e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fojas ciento noventa y tres del expediente principal; debiendo el Juez expedir nueva sentencia con arreglo a ley, previo trámite de lo previsto en el considerando séptimo de esta sentencia casatoria; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Pablo Vela Marca contra Dominga Teófila Poma de Vela, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Palomino García, Juez Supremo.- SS. TICONA POSTIGO, PALOMINO GARCÍA, VALCÁRCEL SALDAÑA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA